

IMPLICACIONES DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL EN COLOMBIA

**SUSANA POSADA HENAO
JUAN DAVID RESTREPO CORREA**

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLIN
2011**

IMPLICACIONES DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL EN COLOMBIA

**SUSANA POSADA HENAO
JUAN DAVID RESTREPO CORREA**

**Trabajo de grado presentado como requisito parcial
para optar al título de Abogado**

Asesor: Doctor Juan Gonzalo Flórez

**UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
MEDELLÍN
2011**

Nota de aceptación:

Presidente del Jurado

Jurado

Jurado

Medellín, marzo de 2011

A nuestros padres, nuestros hermanos y muy especialmente a todos nuestros profesores en la Escuela de Derecho, quienes hicieron posible nuestra formación.

AGRADECIMIENTOS

Queremos hacer un reconocimiento especial a nuestras familias que siempre nos han acompañado y apoyado y nos recuerdan, constantemente: lo más importante no son las calificaciones, sino el desarrollo como profesionales íntegros tanto en el ámbito laboral como personal.

De igual manera, queremos agradecer especialmente a los profesores Juan Carlos Gaviria, Guillermo Montoya y Carlos Julio Arango, quienes durante varios años han sido nuestros profesores y nos han apoyado y guiado en este largo camino de conocimiento, en aras de alcanzar el objetivo que se busca con esta grandiosa carrera, ser abogados íntegros. Asimismo, agradecemos a todos aquellos que hicieron parte de nuestro proceso formativo, en especial a todos nuestros profesores, gracias de verdad a todos; nunca los olvidaremos.

Yo, Susana, doy un especial agradecimiento a mi tío Alejandro, quien me dio las fuerzas y el apoyo necesario para llegar a ser profesional. Adicionalmente, quiero agradecer a la compañía Servicios Nutresa S. A. S., empresa que me enseñó las principales implicaciones que tiene el contrato de Agencia Comercial en las compañías colombianas.

Yo, Juan David, quisiera agradecer principalmente a Dios por guiarme en estos años tan importantes de mi vida, de igual manera, quiero agradecer a mis padres que siempre me apoyaron en todo.

CONTENIDO

	Pág.
INTRODUCCIÓN	8
1. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA AGENCIA COMERCIAL	11
1.1 HISTORIA.....	11
1.1.1 Reseña histórica de la agencia comercial	11
1.1.2 Derecho Comparado:El contrato de agencia comercial en otros países	13
1.1.3 Origen histórico de la agencia comercial en Colombia.....	22
1.2 GENERALIDADES	23
1.2.1 Concepto y Marco Normativo de la agencia comercial.....	23
1.3 ELEMENTOS ESENCIALES DE LA AGENCIA COMERCIAL	27
1.3.1 La independencia del agente	27
1.3.2 Instrucciones al agente por parte del empresario.....	29
1.3.3 La estabilidad en la actividad del agente.....	29
1.3.4 Encargo para promover o explotar negocios.....	31
1.3.5 La actuación del agente por cuenta del empresario	32
1.3.6 Mandato como elemento de la agencia comercial	33
1.3.7 Remuneración a favor del agente y por cuenta del empresario	34
1.4 PARTES	36
1.4.1 Empresario	36
1.4.2 Agente	36
1.5 CARACTERÍSTICAS	37
1.5.1 Consensual	37
1.5.2 Oneroso.....	38
1.5.3 Bilateral	38
1.5.4 Principal.....	38
1.6 OBJETO	38
1.7 OBLIGACIONES DE LAS PARTES:.....	39
1.7.1 Obligaciones del empresario	39

1.7.2 Obligaciones del agente	40
1.8 PACTO DE EXCLUSIVIDAD	42
2. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL	44
2.1 TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR LA LLEGADA DEL PLAZO Y SUS EFECTOS:.....	44
2.2 TERMINACIÓN DE LA AGENCIA POR MUTUO DISENSO	48
2.3 TERMINACIÓN DE LA AGENCIA COMERCIAL DE DURACIÓN INDEFINIDA	48
2.4 LA TERMINACIÓN DE LA AGENCIA COMERCIAL POR JUSTA CAUSA (ART. 1325 C. DE CO.)	49
2.5 TERMINACIÓN DE LA AGENCIA SIN JUSTA CAUSA.....	51
2.6 CARÁCTER ENUNCIATIVO DE LAS CAUSAS MENCIONADAS EN EL ARTÍCULO 1325	52
2.7 PRESTACIONES A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL	53
3. ALGUNAS DIFERENCIAS DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL FRENTE A OTROS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN.....	60
3.1 CONTRATO DE CORRETAJE	60
3.2 CONTRATO DE COMISIÓN	61
3.3 CONTRATO DE SUMINISTRO	61
3.4 CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN	62
3.5 CONTRATO DE LICENCIA DE USO DE MARCAS	63
4. MODELO DE CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL	65
5. RECOMENDACIONES A LAS COMPAÑÍAS COLOMBIANAS ACERCA DE LA FIGURA DE LA AGENCIA COMERCIAL.....	82
6. CONCLUSIONES	84
BIBLIOGRAFÍA	86

INTRODUCCIÓN

Las diferentes compañías del sector de alimentos tienen como principal objetivo distribuir sus productos a lo largo del país y algunas con una visión mucho más amplia, los quieren distribuir a lo largo del mundo. En ese proceso se presentan vías cortas y largas para cumplir el cometido; desde la venta directa de fábrica, hasta el paso por una serie de intermediarios que se encargan de hacer llegar al público los productos. La comercialización y el término general que se emplea, que es la distribución, no tiene una connotación jurídica hasta ahora. Su significado, en nuestro sistema, es netamente económico: un eslabón entre la producción y el consumo.

Comercializar o distribuir es hacer llegar al público final lo que se produce, lo que se hace. Entonces, la pregunta sería: ¿qué instrumentos ofrece el derecho para una labor de distribución en general? Esos instrumentos van desde la figura del mandato; es decir, la actuación de una persona que, por encargo de otra va a realizar un negocio jurídico consistente en vender un producto o servicio o de ponerlos ante un tercero; aquella persona, es un simple gestor de ese interés ajeno que puede tener o no su representación. Pero, hay figuras mucho más novedosas como es el contrato de suministro; con una función adicional para la colocación de los productos, como es el aseguramiento de la materia prima o del material de distribución.

Aparece también como un instrumento legal, la agencia comercial, este gran contrato surgió en la época del auge de la actividad industrial y de la expansión del comercio que desarrollaron los llamados contratos de intermediación. Al principio, cada fabricante se encargaba de negociar directamente su mercancía; con la producción en serie y la especialización se impuso la obligación de conquistar nuevos mercados y ya el industrial no estaba en condiciones de venderlos personal y directamente. Surgieron así diversos tipos de comercialización en los que los intermediarios tenían como función principal, a cambio de una remuneración, colocar en tráfico mercantil los bienes y servicios producidos u ofrecidos por los empresarios; por ende, fue indispensable, entonces, empezar a definir la naturaleza y alcance de cada nuevo vínculo jurídico entre las partes.

Mucha tinta ha corrido alrededor de los contratos de agencia comercial desde su consagración legal en el Decreto 410 de 1971, que, con algunas reformas, sigue

siendo nuestro estatuto mercantil vigente; el cual, ha traído grandes problemas a la mencionada figura a partir del artículo 1324 de nuestro Código de Comercio donde se consagra una prestación final a favor del agente supremamente gravosa, denominada comúnmente por la doctrina como cesantía mercantil; según la cual, al terminar el contrato de agencia, el agente mercantil tiene derecho a una prestación adicional consistente en una doceava parte del promedio de la regalía o utilidad de los últimos tres años, por cada año de vigencia del contrato; es decir, la referida prestación tiene un carácter retroactivo, involucrando el componente inflacionario, con lo cual se convierte en una pesada carga, más gravosa incluso que las prestaciones laborales del más alto ejecutivo de una Compañía¹.

Se pueden evidenciar dos situaciones para las diferentes compañías colombianas: por un lado, mirar si continuar con los agentes comerciales para que éstos distribuyan sus productos; ó por otro lado, acudir a otras figuras jurídicas para que se realice la misma función de distribución sin tener que asumir el riesgo económico de la cesantía comercial.

La justificación de nuestra monografía radica en cómo ayudar a las compañías colombianas a conquistar nuevos mercados a través de la venta de sus productos, bien sea a través de la figura de la agencia comercial o mediante otras figuras jurídicas. Por tal motivo, para quienes opten por acudir a la figura de la agencia comercial, brindaremos un completo análisis jurídico de dicha figura, abordando en un primer momento todo el tema histórico, al señalar la reseña histórica que ha tenido la agencia mercantil y el surgimiento de la misma en nuestro país. De igual manera, haremos alusión a temas relevantes como es el concepto y marco normativo de la agencia comercial, sus elementos esenciales, su objeto, las partes y obligaciones; además de las características de la figura. Asimismo, profundizaremos en todo el tema de la terminación del contrato de agencia comercial y consecuentemente, las prestaciones económicas derivadas de dicha terminación. También, mostraremos ciertas diferencias del contrato de agencia comercial frente a otros contratos de intermediación, como es el caso por ejemplo de los contratos de corretaje, comisión, suministro, distribución y licencia de uso de marcas. Adicionalmente, anexaremos un modelo de contrato de agencia comercial para que pueda ser tenido en cuenta por quienes deseen acudir a dicha figura jurídica en sus futuras relaciones contractuales para la distribución de sus productos.

¹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. El Contrato de Distribución. En: Revista de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia - Foro del Jurista, volumen 26, octubre de 2005, p. 60.

Por otro lado, para quienes opten por la idea de abandonar de sus relaciones contractuales la agencia comercial y así evitar consecuencias tan onerosas como es la cesantía comercial, suministraremos una serie de recomendaciones prácticas para tener en cuenta.

Finalmente, señalaremos unas breves conclusiones extraídas de nuestro trabajo de monografía.

1. ASPECTOS JURÍDICOS DE LA AGENCIA COMERCIAL

1.1 HISTORIA

1.1.1 Reseña histórica de la agencia comercial

La mayor parte de los doctrinantes que tratan de explicar las diversas instituciones de carácter mercantil desde una perspectiva histórica lo hacen generalmente limitándose a los antecedentes que de ellas se encuentran a partir del Medioevo, por el hecho de que sólo a partir de esa época se reconoce la existencia de un derecho comercial, ya que antes no había un específico cuerpo normativo dirigido a regular la actividad mercantil, por lo que no se podía hablar como tal de esta rama del derecho.² Obviamente, el contrato de agencia comercial³ no es la excepción a esta regla.

Así pues, la agencia comercial pudo haber tenido origen en una clase especial de representantes de comercio conocidos como agentes, que recibían el encargo por parte de varios empresarios de desarrollar actividades mercantiles por su cuenta, para lo cual eran transferidos generalmente a otro lugar. Ahora bien, hay que tener como precedente histórico las ferias que se desarrollaban en torno al año 1000, en las que confluían personas provenientes de las más diversas regiones e incluso países con la finalidad de intercambiar entre ellos los bienes que poseían.

La agencia comercial se encuentra ubicada en la categoría económica de los sistemas de distribución de productos, los cuales tienen su origen a mediados del siglo X en Europa. Para el siglo XIV, surge la *comissione*, contrato en que un comerciante comisionaba a alguien para que celebrase negocios en su nombre en otros países. De igual manera, se encuentra la *commenda marítima*, en la que el capitán del navío negociaba por cuenta de sus comanditarios las mercaderías que estos les confiaban. Existe otra figura en la época y es el *mediatore*, el cual, como su nombre lo indica, mediaba las relaciones entre partes, bien sea como intérprete o como conocedor de las costumbres y las leyes.

No obstante lo anterior, los métodos de distribución, tal como los conocemos hoy en día, nacen en el siglo XIX, fruto de la revolución industrial y de la mayor

² CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. El contrato de Agencia Comercial. Análisis dentro del contexto del derecho romano. En: Revista de Derecho Privado de la Universidad Externado de Colombia, volumen 16, 2009, Bogotá, p. 49.

³ Etimológicamente hablando la agencia comercial proviene del latín *agentia*, de *agens*, *entis*, el que hace. Empresa destinada a gestionar asuntos ajenos o a prestar determinados servicios.

facilidad de los transportes que posibilitaron la penetración en mercados distantes.⁴ Dicha revolución, trajo consigo la producción a gran escala, afectando la igualdad en el esquema producción-distribución-consumo. El comerciante, entonces, tuvo que afrontar un importante reto, no podía ser inferior en la distribución, a la magnitud que estaba presentando la producción.

Este panorama colocó al comerciante en esta situación: si quería vender la creciente producción, tenía que hacer llegar el producto a un mayor número de consumidores; para lograr esto, debía incursionar en otros mercados, lo que implicaba que no podría realizar todas las transacciones comerciales personalmente.⁵ Lo anterior, le acarreaba al comerciante elevados gastos como por ejemplo el hecho de abrir nuevas sucursales, el mantenimiento de las mismas y a la vez, los salarios de los empleados. Incurrir en estos costos, traía como consecuencia un aumento en el precio de venta al consumidor final. Por ende, se requería, entonces, que alguien se encargara de promocionar los productos en otros lugares de forma permanente y con independencia.

Al principio, cada comerciante se encargaba de negociar directamente su mercancía; con la producción en serie y la especialización se impuso la obligación de conquistar nuevos mercados y ya el comerciante no estaba en condiciones de venderlos personal y directamente. Surgieron así diversos tipos de comercialización en los que los “intermediarios tenían como función principal, a cambio de una remuneración, colocar en tráfico mercantil los bienes y servicios producidos u ofrecidos por los empresarios”; fue indispensable, entonces, empezar a definir la naturaleza y alcance de cada nuevo vínculo jurídico entre las partes⁶.

Fue pues a mediados de este siglo XIX, en donde el agente de comercio encuentra su origen en la sociedad europea, teniendo como principales funciones permitirle al comerciante entablar una relación continua con la clientela, conocer las condiciones económicas de un lugar para poder desarrollar en forma adecuada sus negocios y fundamentalmente, evitarle un gasto significativo, como habría sido aquél de tener que invertir en una sede de su empresa en otros lugares para introducir sus productos, pues el agente de comercio, al ser independiente,

⁴ SIERRALTA RÍOS, Aníbal y OLAVO BAPTISTA, Luis. Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional. Tercera edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A, 1998, p. 138.

⁵ VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Agencia Comercial. Panorama actual y perspectivas. En: Revista de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia - Foro del Jurista, volumen 26, octubre de 2005, Medellín, p. 261.

⁶ Sentencia del 4 de abril de 2008. Proceso: 0800131030061998-00171-01. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

organizaba su propia empresa corriendo con los riesgos que derivaban de la misma.⁷

1.1.2 Derecho Comparado: El contrato de agencia comercial en otros países.

El contrato de agencia comercial en España: Al igual que los Códigos de su generación, el español de 1885 no regula más contrato de colaboración que el de comisión, configurado como mandato mercantil. Sin embargo, del tronco común de la comisión han ido surgiendo otros muchos contratos de colaboración, impulsados por nuevas necesidades económicas y sociales resultantes de las transformaciones del sistema de distribución de bienes y servicios. De este modo, los nuevos contratos mercantiles han ido perfilándose en la realidad social bajo variados y, con frecuencia, imprecisos nombres, correspondiendo a los Tribunales la delicada tarea de precisar los límites tipológicos y el contenido normativo.

En este contexto, la agencia ha permanecido hasta ahora al margen del Código, como contrato creado y desarrollado por la práctica. A la colaboración aislada y esporádica para contratar, característica del comisionista, se opone la colaboración estable o duradera propia del agente, merced a la cual promueve o promueve y concluye éste en nombre y por cuenta del empresario contratos de la más variada naturaleza. En efecto, unas veces se limita el agente a buscar clientes; otras, además, contrata con ellos en nombre del empresario representado.

Por lo anterior, en la práctica, el contrato de comisión fue rápidamente reemplazado por nuevos esquemas contractuales que permitían la estabilidad y la relación continúa entre el productor y aquellos que estuvieran interesados en la distribución de sus productos, entre los que el contrato de agencia ha ocupado un lugar central, por lo que se ha implementado en España la Directiva del Consejo de las Comunidades Europeas (CCE) del 18 de diciembre de 1986 por medio de la ley número 12/1992 del 27 de mayo de 1992 sobre el Contrato de Agencia, la cual estipula:

1. En la definición de la agencia destaca el carácter de intermediario independiente que tiene el agente. La diferencia fundamental entre el representante de comercio y el agente comercial radica precisamente en esa independencia o autonomía, que falta en el primero. Esta característica básica, que aparece en el título de la Directiva y en su Artículo definitorio, se contiene también en el primero de los Artículos de la Ley: se regulan única y

⁷ CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. El contrato de Agencia Comercial. Análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico, en vista de una posible modificación de su regulación en Colombia. En: Revista del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia *E-mercatoria*, volumen 7, número 2, 2008, Bogotá, p. 1.

exclusivamente los agentes que merecen el calificativo de intermediarios independientes. El siguiente Artículo determina cuándo esa independencia se presume inexistente. El agente, sea persona natural o jurídica, debe ser independiente respecto de la persona por cuenta de la cual actúa, a la que, a fin de evitar confusión con otras modalidades de colaboración, se evita denominarla comitente.

2. El agente puede ser un mero negociador -es decir, una persona dedicada a promover actos y operaciones de comercio- o asumir también la función de concluir los promovidos por él. En lugar del término «negociar», se ha preferido el más preciso de «promover», que, además de parecer más correcto, es el utilizado por el Real Decreto 1438/1985, de 1 de agosto.

Aspecto particularmente importante es el relativo a la delimitación del objeto de esa actividad de promoción negocial. La Directiva lo fija en la venta o la compra de mercancías. Sin embargo, este criterio parece demasiado estrecho, razón por la cual se ha sustituido esa referencia a la actividad de compra o venta por otra más amplia: el agente se obliga a promover, o a promover y a concluir, actos u operaciones de comercio. La tradición de esta expresión -que utiliza el Código de Comercio Español al tratar la comisión- contribuye a una inserción más clara y terminante de la agencia entre los contratos mercantiles de colaboración.

Por otra parte, no se exige que ese acto o esa operación de comercio recaiga, a su vez, sobre mercancías. El acto u operación de comercio que el agente promueve puede estar dirigido a la circulación de mercancías o, más genéricamente, a la circulación de bienes muebles y servicios.

3. El agente comercial no actúa por cuenta propia, sino ajena -sea por cuenta de uno o de varios empresarios: no se incluye la exclusiva como rasgo definidor-, y cuando concluye actos y operaciones de comercio debe hacerlo en nombre del principal. No entra la Ley, sin embargo, en la consideración de la fuente del actuar representativo para la conclusión de los actos y operaciones de comercio promovidos por el agente, materia que queda confiada a los principios generales en materia de representación.

4. El contrato de agencia exige permanencia o estabilidad: es un contrato de duración. La Directiva señala que el agente se encarga de manera permanente de promover contratos o de promoverlos y concluirlos por cuenta ajena. La Ley conserva esta característica, pero, a fin de eliminar equívocos en torno al sentido de la estabilidad, concreta la propia definición al aclarar que la duración del contrato puede ser por tiempo determinado o indefinido. Tan «permanente» es una agencia por tiempo indeterminado, como una agencia por un año o por varios.

5. El último elemento de la definición es el carácter retribuido del agente. La definición ofrecida por la Directiva no contiene una referencia precisa a este extremo, pero se deduce expresamente de ella al excluir de su ámbito a los agentes no remunerados. Ha parecido preferible incluir esa característica en el primer Artículo de la Ley. Por otra parte, la ausencia de estipulación expresa en el contrato sobre este punto, no significa que sea gratuito, sino que la remuneración tiene que fijarse conforme a los usos.

Para concluir, el contrato de agencia según la ley española ya mencionada es “un contrato por el que una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones”.

El contrato consta de una serie de elementos, en los que se definen, entre otros, las obligaciones, compromisos y condiciones contractuales de las partes.

El agente deberá realizar, por sí mismo o por medio de sus dependientes, la promoción y, en su caso, la conclusión de los actos u operaciones de comercio que se le hubieren encomendado. La actuación por medio de subagentes requerirá autorización expresa del empresario. Cuando el agente designe la persona del subagente responderá de su gestión.

El agente está facultado para promover los actos u operaciones objeto del contrato de agencia, pero sólo podrá concluirlos en nombre del empresario cuando tenga atribuida esta facultad. Salvo pacto en contrario, el agente puede desarrollar su actividad profesional por cuenta de varios empresarios. En todo caso, necesitará el consentimiento del empresario con quien haya celebrado un contrato de agencia para ejercer por su propia cuenta o por cuenta de otro empresario una actividad profesional relacionada con bienes o servicios que sean de igual o análoga naturaleza y concurrentes o competitivos con aquellos cuya contratación se hubiera obligado a promover.

El agente está facultado para exigir en el acto de la entrega el reconocimiento de los bienes vendidos, así como para efectuar el depósito judicial de dichos bienes en el caso de que el tercero rehusará o demorase sin justa causa su recibo.

Cuando el agente tuviera la exclusiva para una zona geográfica o para un grupo determinado de personas, tendrá derecho a la comisión, siempre que el acto u operación de comercio se concluya durante la vigencia del contrato de agencia con persona perteneciente a dicha zona o grupo, aunque el acto u operación no hayan sido promovidos ni concluidos por el agente.

Así pues, el agente recibirá una remuneración La comisión se devengará en el momento en que el empresario hubiera ejecutado o hubiera debido ejecutar el acto u operación de comercio, o éstos hubieran sido ejecutados total o parcialmente por el tercero.

La remuneración del agente consistirá en una cantidad fija, en una comisión o en una combinación de los dos sistemas anteriores. En defecto de pacto, la retribución se fijará de acuerdo con los usos de comercio del lugar donde el agente ejerza su actividad. Si éstos no existieran, percibirá el agente la retribución que fuera razonable teniendo en cuenta las circunstancias que hayan concurrido en la operación.

Se reputa comisión cualquier elemento de la remuneración que sea variable según el volumen o el valor de los actos u operaciones promovidos, y, en su caso, concluidos por el agente.

Cuando el agente sea retribuido total o parcialmente mediante comisión, se observará lo establecido en los artículos siguientes de esta sección.

Comisión por actos u operaciones concluidos durante la vigencia del contrato de agencia.

Por los actos y operaciones que se hayan concluido durante la vigencia del contrato de agencia, el agente tendrá derecho a la comisión cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

- Que el acto u operación de comercio se hayan concluido como consecuencia de la intervención profesional del agente.
- Que el acto u operación de comercio se hayan concluido con una persona respecto de la cual el agente hubiera promovido y, en su caso, concluido con anterioridad un acto u operación de naturaleza análoga.

El agente no tendrá derecho a la comisión por los actos u operaciones concluidos durante la vigencia del contrato de agencia, si dicha comisión correspondiera a un agente anterior, salvo que, en atención a las circunstancias concurrentes, fuese equitativo distribuir la comisión entre ambos agentes⁸.

⁸ Todo lo anterior es cita de la Directiva del CCE del 18 de mayo de 1986, la Ley 12/1992 y el autor Juan Escudero Herreros de su artículo en el texto International Agency and Distribution Law, Tomo III, Yorkhill Law Publishing, 2007, pág. 283.

El contrato de agencia comercial en Francia: Hay muchos métodos de venta en el mercado francés a través de distintos organismos. Dependiendo del tipo de productos y el volumen de negocios realizados o previstos, algunos fabricantes extranjeros o los exportadores venden directamente a los importadores, comerciantes al por mayor o al por menor, o a los clientes finales.

Otros crean sus propias sucursales o filiales, y algunos incluso fabrican sus productos localmente.

Sin embargo, para empresas que son nuevas en el mercado francés y que no han establecido ningún acuerdo de venta permanente allí, trabajando con un agente con experiencia pueden proporcionar la cobertura necesaria al cliente y facilitar la comercialización y el desarrollo con éxito de la operación de la compañía.

Bajo la ley francesa, un agente comercial es un mandatario que trata con la clientela al nombre y por cuenta de productores, industriales o comerciantes.

Se diferencia por allí del comisionista que actúa en nombre propio, como del corredor que se contenta de presentar a partes para que concluyen entre ellas una operación.

La definición elegida por la ley n 91-593 del 25 de junio de 1991 (artículo L. 134-1, párrafo 1 del Código de comercio) difiere poco la que figuraba antes en el decreto n 58-1345 del 23 de diciembre de 1958.

Así el artículo L.134-1 párrafo 1 del Código de comercio dispone que:

“El agente es un mandatario que, como profesional independiente, sin estar vinculado por un contrato de arrendamiento de servicios, estará encargado, de modo permanente, de negociar y, eventualmente, de ultimar contratos de venta, de compra, de alquiler o de prestación de servicios en nombre y por cuenta de productores, de empresarios, de comerciantes o de otros agentes comerciales. Puede ser una persona física o jurídica”.

El agente comercial permanece un mandatario, independiente, encargado de celebrar contratos « en nombre y por cuenta de productores, de empresarios, de comerciantes »

La definición actual precisa « o de otros agentes comerciales », lo que significa que el estatuto de agente comercial puede aplicarse a los subagentes.

La lista de los contratos que el agente comercial está encargado de celebrar es la misma de la que figuraba en el antiguo decreto n 58-1345 del 23 de diciembre de 1958: « contratos de venta, compra, alquiler o prestaciones de servicios »

Por último, la nueva definición del agente comercial contiene una precisión que faltaba en la reglamentación anterior: el agente comercial « puede ser una persona física o jurídica ».

En efecto, durante varios años, la jurisprudencia, al fundarse en algunas exigencias de un decreto del 19 de junio de 1959 que impone, especialmente, la producción de un extracto de registro de antecedentes penales para la inscripción como agente comercial, se negó a sociedades la posibilidad de ejercer la actividad de agente comercial (CA París, 27 de junio de 1961, JCP éd. G 1962, II, n 12479, nota Hémard J.; CA París, 14 févr. 1962, D. 1962, p. 514.; CA París, 7 de marzo de 1964, Gaz Pal. 1964, 2, p. 131; CA París, 22 de mayo de 1964, JCP éd. G 1964, II, n 13857).

El decreto del 8 de enero de 1993 prevé en adelante expresamente la matriculación de las sociedades, civiles y mercantiles, al registro especial de los agentes comerciales. Permanece que una agrupación de interés económica no puede ser inscrita a este registro y no podría de toda manera ejercer la actividad de agente comercial.

El legislador de 1991 innovó, respecto al antiguo decreto de 1958, abriendo al agente comercial la posibilidad de renunciar al estatuto jurídico de agente comercial (artículo L. 134-15, párrafo 1 del código de comercio).

Sin embargo, solo las personas que ejercen la actividad de agente comercial con carácter accesorio pueden renunciar: “Esta renuncia será considerada nula si la ejecución del contrato muestra que la actividad de agencia es ejercida en realidad a título principal o determinante” (artículo L. 134-15, párrafo 2 del Código de comercio).

Por esta disposición, Francia usó la facultad ofrecida por la Directiva a cada uno de los Estados miembros prever que la Directiva no se aplicara a las personas que ejercen las actividades de agente comercial con carácter accesorio.

Por otra parte, para los contratos celebrados antes de la entrada en vigor de la ley del 25 de junio de 1991, a los cuales el régimen antiguo siguió siendo aplicable hasta el 1 de enero de 1994, la aplicación del estatuto de agente comercial se sometía a dos condiciones de forma:

- un contrato escrito

- el agente comercial debía ser registrado al registro especial de los agentes comerciales

Sin embargo, con el régimen actual se ve como carácter facultativo que el contrato quede por escrito.

La exigencia de un contrato escrito desapareció en la ley del 25 de junio de 1991 que dispone, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la directiva del Consejo n°86/653/CEE del 18 de diciembre de 1986, que :

“Cada parte tendrá el derecho, si lo solicitara, de obtener de la otra parte un escrito firmado en el que se mencione el contenido del contrato de agencia, incluido el de sus cláusulas adicionales” (artículo L. 134-2 Código de comercio).

Así, una parte no puede rechazar a la otra parte un escrito que precisa el contenido de sus acuerdos; pero el escrito no condiciona la aplicación de las disposiciones de la ley.

El contrato escrito, ya que no se exige, su producción no es obligatoria al momento de la matriculación al registro especial; el contrato de agente comercial, reforzado en su carácter consensual, puede ser probado por todo medio (CA Versailles, CH, 2e sect., 23 de marzo de 2000).

La calidad de las partes puede deducirse de un intercambio de correspondencias y de la transmisión de una lista de clientes que debe visitarse (Cass. Com, 12 de noviembre de 1997, n 95-19.960, D. AFF. 1997, n 44, p. 1463).

Adicionalmente, la ley francesa tiene varias prohibiciones:

Prohibición de representar a una empresa competidora sin el acuerdo del mandante: La ley del 25 de junio de 1991 mantuvo, sobre este punto, la norma antigua: “El agente comercial podrá aceptar sin autorización la representación de nuevos mandantes. Sin embargo, no podrá aceptar la representación de una empresa competidora de la de uno de sus mandantes sin el acuerdo de éste (artículo L. 134-3).

El agente comercial asume pues una obligación legal de no competencia en el beneficio de su mandante. La violación de esta obligación justificaría la ruptura del contrato sin indemnización (Cass. Com, 21 de junio de 1967, n 66-11.426, Bull civ.

III, n 259, p. 250; Cass. com., 7 de julio de 1993, n 82-12.271, Bull civ. IV, n 209, p. 182, RTD com 1994, p. 104).

Prohibición de ejercer una actividad personal competidora: La obligación de no competencia se extiende a la actividad desarrollada por el agente comercial por cuenta propia, por lo tanto esta obligación se estipula al contrato (Cass. Com, 6 de diciembre de 1984, n 83-10.462).

Esta cláusula tiene efecto propio durante la duración de preaviso; pero se debe establecer que la competencia se ha ejercido durante este período (Cass. Com, 13 de octubre de 1992, n 91-11.253), una simple "intención" de crear a una empresa competidora no constituye un incumplimiento contractual (Cass. Com, 14 de junio de 1994, n 92-17.167).

Así pues, el mandante deberá remunerar al agente comercial, según lo estipula la normatividad francesa: Los artículos 5 a 11 de la ley del 25 de junio de 1991 (art.L. 134-5 a L. 134-11 del Código de comercio), innovaron colocando algunas normas correspondientes a la remuneración del agente comercial.

La ley da una definición de la comisión:

“Todo elemento de la remuneración que varíe con el número o el valor de las operaciones” (artículo L. 134-5 párrafo 1 del Código de comercio).

Pero la remuneración puede obedecer a otras normas (por ejemplo, pago de una suma global) sin que el agente comercial no pierda el beneficio del estatuto.

El artículo L.134-5 párrafo 3 prevé incluso " A falta de especificación en el contrato"; el agente tendrá derecho, en este caso, "a una remuneración que se corresponda con las prácticas usuales en el sector de actividad cubierto por su mandato, allí dónde ejerza su actividad. Si estas prácticas usuales no existiesen, el agente comercial tendrá derecho a una remuneración razonable que tenga en cuenta todos los elementos relacionados con la operación" (C. Com, arte. L. 134-5 párrafo 3).

Estas normas, a las cuales las partes no pueden derogar en un sentido desfavorable al agente, son las siguientes:

La comisión esta adquirida cuando el empresario realizó la operación, o debería haberla realizada, o cuando el tercero la realizó. (Artículo L. 134-9 párrafo 1)

La comisión debe ser pagada al agente "a más tardar el último día del mes siguiente al trimestre en que haya sido devengada" (Artículo. L. 134-9 párrafo 2);

El agente pierde su derecho a la comisión "si se establece que no se realizará el contrato entre el tercero y el mandante" (por ejemplo, en cuanto a venta, cuando se establece que el comprador no pagará el precio); en este caso, el agente comercial debe rembolsar las comisiones que ya habría percibido.

Sin embargo, el derecho a la comisión solo se pierde "si el incumplimiento se debe a circunstancias imputables al mandante" (Artículo L. 134-10 párrafo 1).

En general, los contratos establecen con precisión las disposiciones de cálculo y pago de la remuneración. El contrato será considerado nulo si no está previsto la determinación del tipo de las comisiones (CA París, 8 févr. 1984, Gaz Pal 1984).

La remuneración se calcula generalmente en porcentaje de las órdenes aceptadas por el mandante aunque no se realice la operación. Bastante raramente, se conviene que se añadirá a la remuneración el reembolso de los gastos adoptados por el agente comercial.

En síntesis, la ley del 25 de junio de 1991 estipula que en "En caso de denuncia del contrato por el mandante, el agente comercial tendrá derecho a una indemnización compensatoria para reparar el perjuicio sufrido" (artículo L. 134-12 párrafo 1).

Es importante tener en cuenta que esta indemnización se debe "en caso de denuncia del contrato por el mandante ", sin que la ley establezca de distinción entre el contrato de duración determinada y el contrato de duración indeterminada.

En adelante, el acontecimiento del término del contrato de duración determinada causa derecho a indemnización, contrariamente a la solución consagrada por la jurisprudencia bajo el decreto del 23 de diciembre de 1958.

Causan también derecho a indemnización final de contrato la muerte del agente (artículo L. 134-12 párrafo 3 del Código de comercio) y el cese del contrato debido a la edad, la invalidez o la enfermedad "a consecuencia de las cuales no se le pueda razonablemente exigir la continuación de su actividad " (artículo L. 134-13 párrafo 2 del Código de comercio).

Así pues, bajo el régimen protector de los intereses del agente comercial establecido por la ley de 1991, el final del contrato con indemnización debida al agente es la norma, el final de contrato sin indemnización, la excepción⁹.

1.1.3 Origen histórico de la agencia comercial en Colombia

En el interior de un país, una economía de competencia obliga a los empresarios a procurar, sin desfallecimientos, el aumento de sus ventas. Es así como aparece en nuestro país el contrato de agencia comercial en el Decreto 410 de 1971; aunque, con anterioridad a la expedición de este código, los agentes de comercio ya eran una realidad en Colombia y además, lejos de ser algo simplemente fáctico, existían ya algunas reglamentaciones sobre el particular.¹⁰

Lo anterior, nos lleva a hacer un breve recuento de la normatividad mercantil para establecer en dónde se aludía de alguna manera a la agencia comercial. Así pues, es menester desde un marco general tomar tres momentos anteriores al código de 1971: El primero se refiere al derecho mercantil español, que perduró hasta 1853; el segundo obedece a la controversia política entre federalismo y centralismo y que se caracteriza por la provincialización de los códigos terrestre y marítimo; y un tercer derecho mercantil que comienza con ocasión de la Constitución centralista del 86 y que se concreta en la adopción del Código de Comercio de Panamá y el nacional, el primero relativo al comercio terrestre y el segundo al comercio marítimo¹¹. Ahora bien, en el Código de Comercio Terrestre (vigente hasta la expedición del actual) se reconocía la existencia de una categoría especial de comerciantes titulando su libro primero: “De los comerciantes y Agentes de Comercio”. De igual manera, el código calificaba como comerciales las “agencias de negocios” en el numeral 8 de su artículo 20. Por otra parte, vale la pena resaltar que el Decreto 467 de 1963 introdujo una regulación, la cual no era muy detallada, sobre la actividad de los agentes representantes de firmas nacionales y extranjeras.

⁹ Todo lo anterior es cita de la Directiva del CCE del 18 de mayo de 1986, la Ley del 25 de junio de 1991, la página web <http://www.eurojuris.fr/> y el autor Mark Henderson de su artículo en el texto *International Agency and Distribution Law*, Tomo II, Yorkhill Law Publishing, 2007, pág. 283.

¹⁰ CUBEROS DE LAS CASAS, Felipe. Agencia Comercial: entre la comparación y la exégesis. En: *Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes*, volumen XVII, diciembre de 2005, Bogotá, p. 2

¹¹ Con la ley 57 de 1887, expedida un año después de instaurarse la República de Colombia (Constitución de 1886) se adoptaron en lo relacionado con derecho mercantil terrestre, el Código de Panamá de 12 de octubre de 1869 y, como código mercantil marítimo, el código nacional de 1870 con las reformas introducidas en 1874. El código nacional corresponde casi con exactitud al libro tercero del código de 1853 (Código de Comercio de la Nueva Granada) al chileno de 1867, y adaptadas por la ley 35 de 1875, se aplicaron normas de navegación fluvial.

Ahora bien, de una u otra manera se puede afirmar que el origen de la figura jurídica de la agencia comercial radicó en la importancia para el empresario de comercializar sus productos para poder generar utilidades para él mismo; precisando que la comercialización es propia de toda actividad empresarial, industrial o comercial. Todo el que produzca bienes o servicios, tiene una etapa fundamental que agotar para llegar al consumidor final y este ciclo es precisamente el que llamamos distribución o comercialización de productos. En ese proceso se presentan vías cortas y también largas para cumplir el cometido; desde la venta directa de fábrica, hasta el paso por una serie de intermediarios que se encargan de hacer llegar al público los productos. La comercialización y el término general que se emplea que es la distribución, no tiene una connotación jurídica hasta ahora. Su significado, en nuestro sistema, es netamente económico: un eslabón entre la producción y el consumo¹².

1.2 GENERALIDADES

1.2.1 Concepto y Marco Normativo de la agencia comercial

La agencia comercial es un negocio jurídico de naturaleza bilateral de regulación típica¹³ legal por parte de nuestro Código de Comercio de 1971, el cual estipula en el artículo 1317 lo siguiente: “Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume de forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denomina agente”.

En laudo arbitral de Roberto Cavalier & Cía Ltda., VS Flota Mercante Grancolombiana¹⁴ se definió, de manera afortunada, la agencia comercial como: “un encargo estable, continuo, duradero, que se ejecuta a través del ejercicio de una actividad profesional autónoma y cuyo objeto es promover, por cuenta de otro, la conclusión de contratos, lo que exige desarrollar diversas labores de distinta naturaleza encaminados a estimular la realización de negocios, usualmente homogéneos y en masa. El agente, mediante su organización propia, habrá de

¹² ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit. p. 59

¹³ Un contrato es típico cuando su estructura y efectos están expresamente previstos en la ley. Así, el Código de Comercio regula el contrato de Agencia Comercial en su formación, efectos, y extinción, incluyendo normas que se entienden pertenecer al contrato siempre que no vayan contra el querer de las partes.

¹⁴ Laudo Arbitral de 1 de Julio de 1992, Árbitros José Enrique Arboleda V., Fernando Hinestrosa., Jorge Suescún Melo y María Cristina Morales de Barrios.

cumplir el encargo encomendado mediante medios publicitarios, contactos permanentes, visita a clientes potenciales, todo mediante las instrucciones del agenciado y en coordinación con éste a quien habrá de mantener informado de las evoluciones del mercado”.

La base fundamental de la agencia comercial es, como la doctrina y la jurisprudencia lo han reiterado, la promoción o explotación de un negocio que es del empresario agenciado y no del agente, donde pueden concurrir el agente y el empresario para explotar directamente el negocio del último; si bien no se prohibió que el agenciado concurriera con el agente en la promoción y explotación de su negocio dentro del territorio asignado, sí se estableció una consecuencia para el evento en que ello ocurra, cual es la de tener que pagar la remuneración al agente como si el negocio o negocios que se traten hubieran sido concluidos por él¹⁵.

La mencionada figura ha traído grandes problemas que surgen a partir del artículo 1324 de nuestro Código de Comercio donde se consagra una prestación final, a favor del agente, supremamente gravosa, es lo que la doctrina ha denominado cesantía mercantil, según la cual, al terminar el contrato de agencia comercial, el agente mercantil tiene derecho a una prestación adicional consistente en “una doceava parte del promedio de la regalía o utilidad de los últimos tres años, por cada año de vigencia del contrato; es decir, la referida prestación tiene un carácter retroactivo, involucrando el componente inflacionario, con lo cual se convierte en una pesada carga, más gravosa incluso que las prestaciones laborales del más alto ejecutivo de la compañía”¹⁶.

Lo anterior condujo a que la mayoría de las empresas colombianas optaran por buscar alternativas diferentes a la agencia para la comercialización de sus productos ya que los agentes mercantiles terminarían siendo quienes obtuvieran las utilidades de la venta de los productos del empresario.

Los autores Ana Lucía Barrientos Restrepo y Camilo Uribe Posada en la Revista Foro del Jurista volumen 26 de 2005, evidencian dos dificultades importantes con la figura de la agencia comercial:

- a) El problema con la agencia radica en que ésta ha sido desvirtuada muchas veces en la jurisprudencia laboral para darle paso a la aplicación de las disposiciones del derecho de trabajo. Esto ha sucedido en procesos en los que sujetos que habían acordado reglamentar su relación como agentes

¹⁵ CUBEROS DE LAS CASAS. Op. Cit. p. 18

¹⁶ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit. p. 60

aducen la existencia de una relación laboral, fenómeno conocido en el derecho laboral como contrato realidad, según el cual se entiende que hay relación laboral cuando se configuren sus tres elementos esenciales: (i) prestación personal del servicio, (ii) de manera continuamente subordinada y (iii) con derecho a una remuneración. La aplicación de este principio (artículo 23, Código Sustantivo del Trabajo), junto con la existencia de una figura como los representantes u agentes vendedores, contenida en el artículo 98 del C.S.T.¹⁷, presentan serias dificultades para el funcionario judicial cuando debe declarar que una relación determinada es de naturaleza comercial o, por el contrario, es de carácter laboral.

Como puede apreciarse de la comparación de las disposiciones sobre agencia y de las normas laborales, son notables las similitudes existentes entre ambas, aunque también lo son sus diferencias. Las similitudes, radican en el objeto del contrato, que en ambos casos consiste en la promoción de los productos del empresario. Por su parte, la principal diferencia, la constituye el hecho de que mientras que el representante o agente vendedor presta sus servicios de manera personal y subordinada al empresario, el agente comercial actúa de un modo independiente, como comerciante autónomo que es. Esta independencia, se evidencia en una estructura empresarial por medio de la cual opera la agencia. Obviamente, hay muchos casos que pertenecen a la zona de penumbra, que son aquellos que ponen al juez en aprietos cuando tiene que decidir si eso es agencia o no. Hay muchos casos en que se ha declarado la agencia a pesar de que el agente al prestar sus servicios, ha declarado el vínculo laboral.

Por lo anterior, son evidentes los riesgos patrimoniales para el empresario por cuanto en cualquier momento puede llegar a desvirtuarse la independencia en sede judicial donde sus agentes comerciales son en realidad, sus empleados.

Es imperiosa, por consiguiente, una revisión de la normatividad del contrato de agencia, desde el punto de vista de la relación sustancial que surge entre agente y agenciado, la cual conduzca a deslindar la labor de

¹⁷ Art. 98. modificado. D. 3129/56, art. 3: "Contrato de trabajo. Hay contrato de trabajo con los representantes, agentes vendedores y agentes viajeros cuando el servicio de personas determinadas bajo su continuada dependencia y mediante remuneración se dediquen personalmente al ejercicio de su profesión y no constituyan entre sí mismos una empresa comercial (...)".

intermediación de cualquier otra figura jurídica que implique, en el mediano o largo plazo, no solo la inseguridad jurídica de proporciones significativas para el empresario, sino también un costo oculto que puede ser de magnitud.

- b) La otra dificultad radica en que todos los intermediarios comerciales que nacen de figuras tales como: el simple mandato, el corretaje, la comisión, la concesión, el suministro, la simple distribución y la franquicia, entre otros, suelen hacer gala de sus habilidades persuasivas e interpretativas para calificarse a sí mismos como agentes comerciales, cuando en un principio las partes no lo habían pactado así. Como es obvio, este ingenio de los mediadores comerciales se debe a la existencia de aquella prestación llamada cesantía mercantil que nos ocupará más adelante.

Irónicamente, la tarea codificadora ha tenido como finalidad primordial eliminar toda la discrecionalidad judicial, a fin de evitar los excesos cometidos en la aplicación y ejecución de las normas jurídicas en épocas anteriores; pero, los cambios característicos de un mundo en creciente industrialización ha entregado a los jueces una vez más, el difícil cometido de trazar el rumbo del derecho con figuras tales como: la agencia mercantil.

Las críticas a la agencia comercial se basan en que es una figura que se acomoda a las situaciones de acuerdo a las necesidades del agente.

La jurisprudencia y la doctrina son el motor constante del movimiento pendular, movimiento alimentado por la imprecisión y falta de técnica legislativa en lo que respecta a la agencia y a los demás contratos que pueden coexistir con ella. Cuando el péndulo oscila hacia la izquierda, algunos aprovechándose de las semejanzas de la agencia mercantil con el contrato laboral de agente o representante vendedor, pretenden transformarla, de hecho, en esta clase de contrato, buscando aparecer ante el funcionario jurisdiccional como verdaderos agentes o representantes vendedores, y, sobre todo, buscando los beneficios de la normatividad laboral. De otra parte, cuando el péndulo oscila hacia la derecha, sucede que intermediarios comerciales, cuyos contratos no son propiamente de agencia (o al menos no lo fueron al momento de acordar las condiciones contractuales) pretenden, ante los tribunales de arbitramento o ante la jurisdicción ordinaria, que se declare la existencia del contrato de agencia, puesto que,

después de todo, de allí también se derivan una serie de beneficios económicos para el agente¹⁸.

Vamos a ahondar ahora el tema de la agencia con sus respectivos elementos para así lograr hacer una diferenciación con los demás contratos de intermediación y lograr dilucidar cuando coexisten con la agencia comercial.

1.3 ELEMENTOS ESENCIALES DE LA AGENCIA COMERCIAL

Atendiendo a la definición legal del contrato de agencia comercial antes transcrita (ART.1317 del Código de Comercio), los elementos esenciales tipificadores de dicho contrato, según la normatividad vigente y las reiteradas jurisprudencias, son los siguientes:

1.3.1 La independencia del agente

El Código de Comercio al regular la agencia comercial incluye como elemento esencial de la misma, la independencia del agente, al establecerlo en el Art. 1317. En efecto, dicha norma sostiene que mediante la agencia comercial, se “asume de manera independiente y estable el encargo de promocionar o explotar negocios como representante o agente de un empresario...”; simultáneamente, en el Art. 1321 se consagra que “el agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas...”. Por consiguiente, la independencia no supone que el agente deba obrar prescindiendo de las instrucciones, pautas, parámetros y directrices que le imparta el empresario. La independencia a la que hace referencia el artículo 1317 del Código de Comercio, es aquella que excluye la subordinación propia de una relación laboral. La independencia, así entendida, implica la facultad que tiene el agente de aportar su experiencia e iniciativa para desarrollar la labor de promoción que le corresponde.

Siguiendo la pauta jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, sentencias de casación de 2 de diciembre de 1980 con ponencia del magistrado Germán Giraldo Zuluaga y 31 de octubre de 1995, cuyo magistrado ponente fue el doctor Pedro Lafont Pianetta; uno de los requisitos que debe cumplirse para la estructuración del contrato de agencia comercial es la independencia. Este requisito se colige del

¹⁸ BARRIENTOS RESTREPO, Ana Lucía, y URIBE POSADA, Camilo. El Contrato de agencia mercantil. En: Revista de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia - Foro del Jurista, volumen 26, octubre de 2005, Medellín, p. 60.

artículo 1317 del C. de Co. – como ya anotamos-, pero, lo anterior no es un elemento que sirva para distinguir el contrato de agencia comercial de otras figuras contractuales afines, puesto que es un elemento común a todos los contratos de intermediación comercial. De hecho, sino existiere la independencia, cualquier intermediario, sin importar si es distribuidor, concesionario, comisionista, corredor, mandatario o franquiciado, podría desvirtuar el vínculo comercial y demandar, ante la jurisdicción laboral, que se declare la existencia de un contrato de trabajo por la continuada subordinación o dependencia que existe con el empresario. Por ende, sin independencia no podría hablarse en general de contratos de mediación mercantil.

Pero, ¿qué debe entenderse por independencia?, puede afirmarse que la independencia implica la facultad que tiene el comerciante que actúa como agente de un empresario o proponente para desarrollar las labores de promoción y explotación a él encomendadas, de manera tal que, dentro de los límites materiales (ramo determinado del comercio o de la industria) y espaciales (zona prefijada dentro del territorio nacional), sea el mismo agente el que determine el modo, la cantidad, los horarios y los reglamentos de trabajo con los cuales va a operar¹⁹.

El agente desarrolla su actividad por cuenta ajena, es decir, por cuenta del empresario; pero, lo hace a través de una empresa propia. Esa independencia se traduce en la práctica, por ejemplo, a través de la apertura de oficinas, establecimientos de comercio por parte del agente, la vinculación de empleados calificados y, en general, por la realización de actos encaminados a procurar el cumplimiento del encargo en las circunstancias de modo, tiempo y lugar que hayan sido convenidas. El carácter independiente del agente excluye la posibilidad de la coexistencia de la agencia comercial con un contrato de trabajo. El agente es un verdadero empresario autónomo, que cumple su función de intermediario para llevar a cabo la promoción y explotación de productos y servicios por cuenta de otro²⁰.

El agente decide como va a realizar la promoción o explotación de los productos del empresario, no está atado a horarios o a itinerarios. El hecho de que el agente desarrolle la actividad encomendada a través de una empresa con una estructura

¹⁹ Ibíd. p. 94.

²⁰ PEÑA NOSSA, Lisandro. De los contratos mercantiles Nacionales e Internacionales. Segunda Edición, Universidad Católica de Colombia, 2006, p. 308.

propia, con aportes de capital y de trabajo, desvirtúa la existencia de dependencia en el sentido laboral.

1.3.2 Instrucciones al agente por parte del empresario

El contrato de agencia ha sido definido como un típico contrato de colaboración²¹. Esto quiere decir que, a diferencia de otros negocios comerciales, en los cuales cada contratante busca un interés particular que, muchas veces, se contraponen a aquel que pretende el otro contratante, en esta clase de contratos ambas partes buscan un mismo interés y desarrollan su relación en términos de cooperación. En el caso concreto de la agencia mercantil, esta cooperación se lleva a cabo entre agente y agenciado en la medida en que el primero realiza a favor y por cuenta del segundo un encargo para promover o explotar sus productos o servicios, mientras que, como obligación correlativa, el agenciado debe establecerle al agente una serie de pautas, instrucciones que le señalen la manera en que debe dar a conocer sus bienes o servicios a los consumidores²².

Las instrucciones otorgadas por el empresario al agente son parte esencial del contrato de agencia, más aún, éstas son empleadas como un elemento de prueba por intermediarios que pretenden ser declarados agentes, puesto que de las instrucciones que se les han dictado pretenden deducir ese otro elemento que resulta fundamental para demostrar la existencia del contrato de agencia comercial: la promoción por cuenta del empresario. De hecho, no sería lógico, al menos en principio, que un distribuidor que compra para revender, recibiera instrucciones de parte del empresario, puesto que el distribuidor, al adquirir la propiedad de las mercancías, asume los riesgos físicos que sobre ellas recaigan; además, claro está, de los riesgos patrimoniales que implica la venta de las mercancías en términos de fluctuación de precios, valor de sus inventarios, manejo de la cartera y mercancía no vendida²³.

1.3.3 La estabilidad en la actividad del agente

Es claro que, de una manera estable, el agente promociona y explota los negocios propios de la empresa del agenciado. Así lo establece expresamente el Art.1317

²¹ GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa S.A., 1997, p. 371 y ss. Cfr. También Laudo arbitral que dirimió las controversias entre la Flota Mercante Gran Colombiana y Roberto Cavelier & Cía. Ltda., del 1º de julio de 1992, p. 354 y ss.

²² BARRIENTOS RESTREPO y URIBE POSADA. Op. Cit. p. 96

²³ SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo II, p. 466-468.

del Código de Comercio. El agente, por tanto no es la persona que promueve o concluye uno o varios negocios determinados, sino que promueve y concluye negocios en serie y sucesivos, lo cual implica una permanencia en sus relaciones con el agenciado (empresario). El elemento de la estabilidad fue, precisamente, el que dio origen a la figura de la agencia comercial. El agenciado aspira a que el agente desarrolle el encargo, no esporádica y ocasionalmente sino en forma continua²⁴.

Es así como el artículo 1317 del Código de Comercio, al definir el referido contrato, resalta que en dicho convenio un comerciante –el agente- asume ‘en forma independiente y estable’ el encargo de promover o explotar negocios de un empresario –el agenciado-, en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, despuntando, entre estas características, aquella que predica la estabilidad del negocio jurídico, cuya importancia –sustancial- se advierte con solo reparar en la labor que se le encomienda al agente, es decir, en la actividad que a favor del agenciado despliega, quien no se limita a perfeccionar o concluir determinados negocios –así sean numerosos-, hecho lo cual termina su tarea, sino que su labor es de promoción, lo que de suyo ordinariamente comprende varias etapas que van desde la información que ofrece a terceros determinados o al público en general, acerca de las características del producto que promueve, o de la marca o servicio que promociona, hasta la conquista del cliente; pero no solo eso, sino también la atención y mantenimiento o preservación de esa clientela y el incremento de la misma, lo que implica niveles de satisfacción de los consumidores y clientes anteriores, receptividad del producto, posicionamiento paulatino o creciente; en fin, tantas aristas propias de lo que hoy se conoce –en sentido lato- como „mercadeo”, que, en definitiva, permiten concluir que la agencia es un arquetípico contrato de duración, característica que se contrapone a lo esporádico o transitorio, pero que –hay que advertirlo- no supone tampoco y de modo inexorable, un contrato a término indefinido o de duración indefectible y acentuadamente prolongada (...) dicho en otros términos, lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida –en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe –luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada –a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso. De allí la importancia que tienen en este tipo de negocios jurídicos las cláusulas que establecen un plazo de duración, pues ellas, amén de blindar el vínculo contractual frente a terminaciones intempestivas, le otorgan estabilidad a la relación, no sólo en beneficio del agente, sino también del agenciado (...) sobre la relevante característica que se comenta, señaló la Corte recientemente que hay razones de orden público económico, pero también de linaje privado, que ‘justifican y explican esta

²⁴ PEÑA NOSSA. Op. Cit. p. 309

particularidad, porque al lado de la importancia de la función económica de esta clase de intermediación, aparecen los intereses particulares del agente, quien por virtud de la independencia que igualmente identifica la relación establecida con el agenciado, se ve obligado a organizar su propia empresa, pues la función del agente no se limita a poner en contacto compradores y vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, pues a través de su propia empresa, debe, de manera estable e independiente, explotar o promover los negocios del agenciado, actuando ante la clientela como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. 20 de octubre de 2000; exp No. 5497) - subrayado nuestro-.

1.3.4 Encargo para promover o explotar negocios

Este es el pilar fundamental de los elementos de la agencia. Ahora bien, es importante tener en cuenta que el encargo debe desarrollarse por cuenta del agenciado, esto es, los efectos patrimoniales favorables de la gestión del agente recaen directamente en el empresario, y solo recaen en el agente, de manera indirecta, a través de comisiones que recibe, y de los eventuales riesgos económicos que asume al desarrollar los negocios por medio de su propia estructura empresarial. De igual manera, tiene tanta relevancia este elemento, que en el caso en que un comercializador comprara para revender; pero, en la misma medida conquistó, amplió, reconquistó o mantuvo en beneficio del empresario una determinada clientela, existe por lo menos una agencia comercial concurriendo con un contrato de distribución; es decir, la agencia podría coexistir con otros contratos de intermediación.

Así pues, este elemento constituye la finalidad económica del contrato de agencia. Promover negocios implica desarrollar las actividades necesarias para culminar la venta de los productos o servicios que se están agenciando. Explotar significa que los negocios se realicen para obtener la utilidad que le es propia. Para que exista la agencia, el agente se debe ocupar de promover los negocios del empresario, que como ya se afirmó en la sentencia ya citada en el punto anterior, incluye: “varias etapas que van desde la información que ofrece a terceros determinados o al público en general, acerca de las características del producto que promueve, o de la marca o servicio que promociona, hasta la conquista del cliente; pero, no solo eso, sino también la atención y mantenimiento o preservación de esa clientela y el incremento de la misma, lo que implica niveles de satisfacción de los consumidores y clientes anteriores, receptividad del producto, posicionamiento paulatino o creciente; en fin, tantas aristas propias de lo que hoy se conoce –en sentido lato- como mercadeo”. En la agencia, la intermediación, como quedó antes

consignado, no es para uno o diferentes negocios aislados u ocasionales, sino para un conjunto de negocios por medio de los cuales se persigue conquistar o reconquistar clientela, acreditar una marca, ampliar y mantener un mercado de bienes y servicios del agenciado. En cambio, en el mandato las relaciones entre el mandatario y mandante son ocasionales y esporádicas y una vez efectuado el encargo, termina el contrato de mandato.

La labor del agente se circunscribe bien a la preparación del negocio (promoción) o bien a su conclusión o perfeccionamiento (explotación). El agente, en cierta manera, realiza los actos de aproximación, ejecuta los actos preparatorios, tales como, contactar al cliente, instruirlo sobre el contenido y alcance del negocio, preparar la negociación entre otros actos, reservándose el empresario la facultad de valorar la conveniencia o no de los negocios, así como el poder autorizar o no al agente para la conclusión de los respectivos contratos. Pero, también el encargo encomendado al agente puede consistir en la explotación de los negocios del empresario, en cuyo caso el agente puede celebrar y concluir los negocios, comprar, arrendar, prestar servicios, etc.²⁵.

Sin embargo, es preciso concluir que la sola promoción o la sola explotación de negocios no constituyen el contrato de agencia ya que deben concurrir también los demás elementos esenciales.

1.3.5 La actuación del agente por cuenta del empresario

Otro elemento esencial para la tipificación de la agencia comercial es, precisamente, la actuación del agente en beneficio y por cuenta del empresario, independientemente de que se obre como agente, representante, fabricante o distribuidor, según las diferentes denominaciones que contempla el Art. 1317 del Código de Comercio.

Se observa en la definición del artículo mencionado, que el contrato de agencia comercial tiene elementos comunes a otros contratos de colaboración mercantil, con los cuales no debe ser confundido. Pues bien, la diferencia específica del contrato de agencia mercantil, destacada por la Corte, y que constituye la esencia misma del mandato, está recogida por las palabras finales del primer inciso del artículo 1317 del Código de Comercio: “...*productos del mismo*”²⁶. Con lo anterior, se denota que el agente comercial es verdadero mandatario, en cuanto obra “por

²⁵ Ibid. p. 310.

²⁶ VALLEJO GARCÍA, Felipe. El contrato de Agencia Comercial. Primera Edición, Legis Editores S.A., 1999, p. 50.

cuenta de otro” (art. 1262)²⁷, se dedica a la gestión de negocios ajenos; obra en interés del empresario.

Afirma, en efecto, la Corte:

El agente comercial, en sentido estricto, es el comerciante cuya industria consiste en la gestión de los intereses de otro comerciante, al cual está ligado por una relación contractual duradera y en cuya representación actúa, celebrando contratos o preparando su conclusión a nombre suyo...El encargo que asume el comerciante independiente en el contrato de agencia, es el de promover y explotar negocios que han de ser realizados en beneficio exclusivo del empresario... el agente conquista, reconquista, conserva o amplía para el empresario y no para él mismo, la clientela del ramo, y los negocios que para este fin promueva o explote deben ser definidos directamente por el empresario, o por el agente actuando a su nombre, si para ello tiene facultad²⁸.

1.3.6 Mandato como elemento de la agencia comercial

El contrato de agencia comercial debe considerarse ante todo como una modalidad de mandato, no sólo porque su regulación legal se encuentra ubicada en el Título XIII del Código de Comercio y porque le son aplicables las normas de mandato²⁹, sino más que eso porque fluye de su textura el que el agente sirve de puente entre un empresario y un mercado³⁰. Es, en este sentido, un contrato en interés exclusivo del empresario agenciado, sin perjuicio de las erogaciones económicas que deben reconocerse a favor del agente. En el contexto del artículo 1317 del Código de Comercio, el desempeño del agente comercial “*como...agente de un empresario*”, significa que puede asumir un mandato sin representación.

²⁷ En el laudo del 23 de mayo de 1997 (Preparaciones de Belleza S.A. – Prebel S.A. vs L’Oreal de París) se refieren a los antecedentes legislativos del elemento “por cuenta” en el contrato de agencia comercial. Esta característica aparecía en el Proyecto del Código de Comercio de 1958 (art. 1227) y se destacaba en la exposición de motivos que lo acompañó. Empero, esta expresión fue omitida por el artículo 1317 del Código de Comercio. El Tribunal dice que tal omisión no obedece a que la Comisión encargada de revisar el Proyecto de 1958 la hubiera estimado contraria a la institución de la agencia. Respalda su aserto en el hecho de que “*prácticamente todas las normas del mandato comercial, particularmente el artículo 1321, muestran aplicaciones del principio conforme al cual todo mandatario obra por cuenta y en interés del mandante*”.

²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre 2 de 1980, G.J., CLXVI, No. 2407, p. 271. (Se resalta).

²⁹ Laudo arbitral del 23 de mayo de 1997. Preparaciones de Belleza S.A. –Prebel S.A.- vs. L’Oreal de París: “...es entonces por orden del propio legislador que se aplican a la agencia las reglas que rigen el mandato comercial; y no solo las que tipifican el contrato y precisan cuáles son las obligaciones del mandatario mercantil, sino aún las que regulan la extinción del contrato. Se reitera de este modo que así no lo haya dicho expresamente el Código de Comercio para la agencia comercial, resulta ser esta figura de la intermediación comercial una variedad del contrato de mandato...” (subrayado nuestro).

³⁰ ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Contratos mercantiles. Díké, 8ª ed., 1997, p. 379.

El mandato puede conllevar o no la representación del mandante (art. 1262). En la opinión del autor Felipe Vallejo García en su libro “El contrato de Agencia Comercial,”: “la agencia puede ser un mandato no representativo, especialmente cuando el encargo se limita a la promoción de negocios, que siendo un acto de comercio (art. 20- 17) no conlleva la celebración de negocios jurídicos (v. gr., contratos). Aquí, el agente se limita a transmitir al empresario las ofertas de compraventa de los negocios que ha promocionado, y es el empresario agenciado quien decide concluirlos aceptando o rechazando las propuestas”.³¹

Establece el laudo arbitral de 23 de mayo de 1997, proferido por el Tribunal de Arbitramento integrado por los árbitros Hernando Tapias Rocha, William Salazar Luján y Francisco Zuleta Holguín, que dirimió proceso instaurado por Preparaciones de Belleza S.A. <<Prebel S.A.>> contra L’Oreal de París:

“La oposición que el texto legal hace entre representante y agente no puede tener otro significado que mostrar que el agente comercial puede en el desarrollo de su encargo representar o no al empresario que le confía la gestión de sus negocios.

Sin duda, el agente obra en la gestión de un interés que no es el suyo, o sea en relación con productos de otra persona, y por tanto para promover o explotar estos negocios puede obrar ante terceros sea como representante del empresario, si para ello se encuentra facultado por el negocio, o a nombre propio, o sea que siempre obra por cuenta de un interés ajeno pero sin revelar el nombre del principal... Estas dos clases de mandato están reconocidas por los artículos 2177 del Código Civil y 1262 del Código de Comercio”.

En conclusión, el mandato es un elemento esencial del contrato de agencia y puede darse con o sin representación y tal como lo expresa el artículo 1317 del Código de Comercio, el agente comercial es un mandatario sin representación, salvo que se le den facultades para celebrar y ejecutar negocios en nombre del mandante.

1.3.7 Remuneración a favor del agente y por cuenta del empresario

Es de la esencia de la agencia mercantil que el agente perciba una remuneración en contraprestación a la actividad que desarrolla, si tenemos en cuenta que el agente es un comerciante, y como comerciante que es, persigue una utilidad en toda operación que adelanta en ejercicio de su profesión de comerciante. En otras

³¹ VALLEJO GARCÍA. Op. Cit. p. 48

palabras, la gratuidad en las actividades propias de los comerciantes es un elemento ajeno a tales operaciones. De allí que el legislador mercantil consagrara que el agente tiene derecho a su remuneración incluso cuando el negocio no se lleva a efecto por causas imputables al empresario, o en aquellos eventos en los que es el empresario quien directamente ejecuta el negocio en el territorio asignado al agente. También, tiene derecho a la remuneración cuando empresario y agente se han puesto de acuerdo para no concluir el negocio (Art. 1322 C. Co).

Sin embargo el legislador guarda silencio sobre la cuantía y la forma de pago de la remuneración, aunque el artículo 1323 contempla como forma de remuneración el fijar un porcentaje de las utilidades del negocio, previa deducción de las expensas generales de éste. De tal suerte y como quiera que no existe disposición alguna en el capítulo de la agencia que lo prohíba, corresponde a las partes determinar en ejercicio del principio de la autonomía de la voluntad el monto de la remuneración. Pero, cuando las partes tampoco señalan la remuneración, se hace necesario acudir a las normas del mandato mercantil, en donde el artículo 1264 inciso primero determina que el mandatario tiene derecho a la remuneración estipulada o usual en el género de actividades como el mandato, o en su defecto a la que determinen los peritos.

La remuneración también podrá ser pagadera en especie, la que puede consistir en una cantidad de mercancías objeto del contrato de agencia. Otra forma de remuneración puede ser una suma fija pagadera por períodos determinados, independientemente del monto de las ventas realizadas por el agente.

Como ya enunciamos la remuneración también puede consistir en un porcentaje, en cuyo caso los gastos de la agencia, los que por regla general no son de cargo del empresario, deben ser descontados a título de expensas generales del negocio, en los casos en los que la remuneración del agente sea un tanto por ciento de las utilidades del mismo (Art. 1323 C.Co). En este evento pueden presentarse dos situaciones³²:

- Un porcentaje determinado del valor de cada venta, de forma tal que el agente percibe siempre el mismo porcentaje, independientemente de la utilidad o pérdida del negocio considerado en su integridad.
- Un porcentaje de las utilidades del negocio mirado este en su totalidad, lo que implica que deban sumarse los gastos efectuados para producir la mercancía junto con aquellos realizados para colocarla en el consumidor

³² PEÑA NOSSA. Op. Cit. p. 312-314

final. De esta suerte se contabilizan tanto los gastos del empresario como los del agente, para así poder determinar la totalidad de las utilidades y sobre estas calcular el porcentaje que le corresponde a dicho agente.

1.4 PARTES

1.4.1 Empresario

Es simplemente el mandante, el agenciado. La ley consagra (Art. 1317 C.Co) que éste puede ser nacional o extranjero. En términos sencillos, es el industrial, el dueño del negocio, el propietario de los productos o servicios que el agente promueve u ofrece.³³ En otras palabras, es la persona que tiene la necesidad de extender la distribución de sus bienes o servicios.

1.4.2 Agente

Debe reunir una calidad especial según lo estipulado por el Código de Comercio en su artículo 1317 en donde se estipula que el agente debe ser un comerciante independiente, al momento de celebración del contrato o con anterioridad a él. Puede ser una persona natural o jurídica que se ocupe profesionalmente de una actividad comercial³⁴, destacando como sus principales funciones la promoción o explotación de los negocios del empresario.

En palabras del autor colombiano Gabriel Escobar Sanín:

El agente es un comerciante como cualquier otro; su principal o exclusiva forma de participar en actividades económicas y aún su principal o exclusivo modo de subsistencia es la mediación en las operaciones mercantiles tendientes a llevar los productos o los servicios directamente del empresario a los comerciantes revendedores y en ocasiones al propio consumidor, derivando de esa intermediación una ganancia o utilidad que se agrega a la del productor de la mercancía o servicio.

³³ VALLEJO GARCÍA. Op. Cit. p. 49

³⁴ El artículo 10 del código de comercio dispone: Son comerciantes las personas que profesionalmente se ocupan en alguna de las actividades que la ley considera mercantiles. La calidad de comerciante se adquiere aunque la actividad mercantil se ejerza por medio de apoderado, intermediario o interpuesta persona.

1.5 CARACTERÍSTICAS

1.5.1 Consensual

El consentimiento se da y perfecciona cuando los actos de voluntad del empresario y el agente concuerdan en obligarse, el uno en realizar la promoción de negocios ajenos y, el otro, a pagar la remuneración por dicha labor.³⁵ Es un tipo contractual que no requiere de la observancia de formalidades especiales o ritual alguno para su nacimiento a la vida jurídica, basta que se recorra su definición jurídica (Art. 1317 C. Co) para que se pueda hablar de vínculo contractual. En otras palabras, la agencia comercial como negocio jurídico, nace por el mero significado de la conducta de las partes, resaltando que como todo negocio consensual es menester que la conducta tenga íntima relación con la postura que adopten las partes en la ejecución del contrato.

No obstante, puede ocurrir que el contrato de agencia comercial nazca a la vida jurídica aún a contrariedad de las partes; es decir, si dos personas realizan actividades de tipo comercial que se integran con la definición de agencia comercial pero, han establecido que en ningún caso la conducta desplegada se entenderá como agencia comercial, ésta estipulación es nula por contrariar la definición misma del tipo legal; y al revés, por más que las partes insistan en que su conducta tendrá el significado propio de contrato de agencia comercial pero, si en realidad no se recorre la definición jurídica, no se podrá tener como este tipo de negocio jurídico.³⁶

Ahora bien, vale la pena resaltar que aunque el contrato de agencia comercial tiene plena eficacia vinculante si se pacta de forma consensual, el artículo 1320 del Código de Comercio establece algunos requisitos que debe contener cuando conste por escrito: la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre el que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollan. A renglón seguido, consagra la exigencia de inscripción del acto en el registro mercantil so pena de ser inoponible a terceros de buena fe exenta de culpa.

³⁵ PEÑA NOSSA. Op. Cit. p. 315

³⁶ MENDIETA PINEDA, Jaime Alberto. Distribución del riesgo en el contrato de Agencia Comercial. En: Revista del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia *E- mercatoria*, volumen 5, número 1, 2006, p. 3.

1.5.2 Oneroso

El contrato de agencia comercial es ordinariamente oneroso, ya que se espera que la actividad del agente sea remunerada (Art. 1322 C.Co). Sin embargo, nada se opone a que sea gratuito, como en ocasiones cuando el comerciante para convencer de su conocimiento y profesionalismo en el ramo, establece un término gratuito a prueba, con miras a que el contrato adquiera su calidad de durabilidad y se espera una remuneración, la cual es de libre autonomía.³⁷

1.5.3 Bilateral

Al tenor del artículo 1496 del Código Civil, "...el contrato es bilateral cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente." De esta definición se desprende que la nota característica del contrato bilateral es la reciprocidad de las obligaciones que de él derivan. Así pues, en la agencia comercial nacen obligaciones para las dos partes contratantes; el agente se obliga a promover o a concluir contratos por cuenta del agenciado, el cual a su vez se obliga a pagar una remuneración.

1.5.4 Principal

El Código Civil define en su artículo 1499: "El contrato es principal cuando subsiste por sí mismo sin necesidad de otra convención, y accesorio, cuando tiene por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal, de manera que no pueda subsistir sin ella". Atendiendo a lo anterior, el contrato de agencia comercial es principal ya que existe por sí mismo independientemente de otros contratos.³⁸

1.6 OBJETO

Consiste en el encargo que hace el agenciado al agente, el cual al tenor del artículo 1317 radica en la explotación o promoción del negocio del agenciado. Ahora bien, es pertinente establecer qué entender por "explotación" y "promoción". Según el diccionario de la Real Academia Española, el vocablo *explotación* significa sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio y en el

³⁷ *Ibíd.* p. 7.

³⁸ No obstante, autores como Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta sostienen que en realidad, no hay contratos principales y contratos accesorios, según que subsistan por sí mismos o no, respectivamente, pues todo contrato subsiste por sí mismo. Lo que hay es contratos que producen obligaciones principales, como el de compraventa, el de permuta y el de mandato, y contratos que producen obligaciones accesorias, como la anticresis y la fianza.

derecho mercantil este término alude a celebrar contratos en un ramo determinado y en forma profesional; en donde generalmente lo que se hace por parte del agente son concluir ventas, compras, arrendamientos o prestar servicios a favor del empresario.

Ahora bien, por *promoción* se entiende “el iniciar o impulsar una cosa o un proceso, procurando su logro; también, tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo”³⁹. En términos de la agencia comercial, esta palabra significa dar a conocer la actividad del empresario por medio del agente; buscando nuevos clientes para el fortalecimiento de los negocios del agenciado.

Complementando lo anterior, el tratadista Felipe Vallejo García sostiene: “Se afirma así, cómo en la agencia comercial el propósito que anima el encargo es finalmente la necesidad o el deseo de un comerciante de que otro se encargue de los negocios que él mismo no puede o no quiere explotar, y cómo también, el conocimiento de esta necesidad es lo que a su vez constituye el motivo que lleva al agente a asumir la obligación de promover o explotar tales negocios”⁴⁰.

1.7 OBLIGACIONES DE LAS PARTES:

1.7.1 Obligaciones del empresario

Son básicamente de tipo prestacional, dentro de las cuales se pueden enumerar:

- Remunerar al agente, ya que según lo dispuesto por el artículo 1322 del Código de Comercio, la remuneración se percibe “aunque el negocio no se lleve a efecto por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio”. El anterior pago surge como consecuencia natural de la onerosidad del contrato de agencia comercial en donde el empresario se encuentra en la obligación de pagarle al agente su labor de promoción permanente durante la vigencia del contrato. Dicha remuneración puede pactarse en una suma fija de dinero, o proporcional a las utilidades obtenidas por el agenciado en virtud del contrato. Ahora bien, es importante señalar la importancia de que exista una proporción entre la remuneración

³⁹ Definición extraída del diccionario de la Real Academia Española.

⁴⁰ VALLEJO GARCÍA. Op. Cit. p. 45

del agente y la labor desempeñada, tal y como lo demuestra el artículo 1264 inciso 2 del Código de Comercio al sostener: “si la remuneración pactada se halla en manifiesta desproporción, el mandante podrá demandar su reducción probando que la remuneración usual para esta clase de servicios es notoriamente inferior a la estipulada o acreditando, por medio de peritos, la desproporción, a falta de remuneración usual”.

- En los términos del artículo 1324 inciso 1 del Código de Comercio, el empresario deberá pagar a la terminación del contrato de agencia comercial al agente, una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.
- De igual manera, según los parámetros establecidos por el artículo 1324 inciso 2 del Estatuto Mercantil, cuando el contrato de agencia comercial sea revocado en forma unilateral sin justa causa por parte del empresario, éste deberá pagar al agente una indemnización equitativa fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato.

1.7.2 Obligaciones del agente

Se reducen básicamente al cumplimiento del encargo realizado por el empresario.

- De acuerdo a la definición jurídica de la agencia comercial, (Art. 1317 C.Co) el agente se obliga a promover o explotar negocios de un ramo determinado y dentro de una zona prefijada del territorio nacional; esta obligación consiste en realizar una actividad comercial encaminada a crear, aumentar o mantener una clientela para el agenciado. Significa lo anterior que el agente debe desarrollar una labor preparatoria para la celebración de varios contratos para el empresario, debido al carácter profesional e independencia del agente, éste determinará libremente la forma, tiempo y lugar para desarrollar su actividad.⁴¹ Normalmente, la actividad de promoción va desde la visita personal y periódica a los clientes hasta la

⁴¹ PEÑA NOSSA. Op. Cit. p. 316: “El agente cumplirá el encargo al tenor de las instrucciones impartidas por el agenciado, es decir realizar la promoción o explotación en la mejor forma posible o concluyendo los negocios cuando se encuentre facultado para hacerlo”.

contratación de campañas publicitarias dentro de la zona asignada al agente.

- Según el artículo 1320 del Código de Comercio, el agente deberá desarrollar el encargo dentro de los límites señalados por el empresario, esto es respetando el territorio asignado, el ramo de actividades, el tiempo de duración y las facultades concedidas por el empresario. Todas las limitaciones a las cuales esté sometido el agente deberán ser inscritas en el registro mercantil, de lo contrario serán inoponibles a terceros de buena fe exenta de culpa.
- El agente deberá rendir informe al empresario sobre las condiciones generales del mercado en la zona asignada para el desarrollo del negocio. Lo anterior implica que rinda informe de todas las operaciones que ha realizado en desarrollo del encargo, indicando al agenciado todas las circunstancias que puedan ser útiles al empresario para planear su producción, ventas y en general para el crecimiento de la empresa (Artículo 1321 del Código de Comercio.)
- Tomando como referencia los artículos 1330 y 1268 del Código de Comercio, el agente deberá entregar al agenciado todo lo que haya recibido por causa del encargo, dentro de los tres días siguientes a la terminación del contrato.
- El artículo 1323 del Código de Comercio previó que, salvo estipulación en contrario, el agente está obligado a asumir los gastos inherentes al contrato de agencia comercial, (por ejemplo los gastos de publicidad, conferencias, visitas a potenciales clientes y en general todos aquellos gastos que se encuentren directamente relacionados con el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato) excepto cuando la remuneración cuando la remuneración del agente se pacte por un porcentaje de las utilidades del mismo, caso en el cual, el agente podrá deducirlas como expensas generales del negocio.

1.8 PACTO DE EXCLUSIVIDAD

El Código de Comercio ha consagrado la figura de la exclusividad en dos sentidos: a favor tanto del agente como del agenciado; en primer lugar expondremos la exclusividad a favor del agente:

ARTÍCULO 1318: EXCLUSIVIDAD A FAVOR DEL AGENTE. Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos.

Sin embargo, el alcance de su aplicación difiere dependiendo a quién favorezca la exclusividad. Así, pactada a favor del agente, implica para el empresario la prohibición de “servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos”, salvo pacto en contrario, es un elemento de la naturaleza del contrato, luego ante el silencio de las partes al respecto, se entiende incorporada al acuerdo realizado. Sólo la estipulación en contrario le restaría los efectos vinculantes descritos⁴².

Respecto del caso donde el empresario desarrolla la misma actividad en la misma zona del agente, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado al respecto, afirmando que el texto del artículo 1318 del Código de Comercio no se refería a una prohibición al empresario para realizar, en la misma zona, las mismas labores del agente:

Por lo demás, no sobra añadir que lo que el artículo 1318 reza diáfananamente consiste en que el empresario (no puede) “servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos”, es decir, que nada determina en cuanto a su actividad directa. De manera concreta, la prohibición se circunscribe a la utilización de agentes distintos a quien es titular de la exclusividad. Pero no a la posibilidad de llevar a cabo ventas directas⁴³.

En una interpretación sistemática del autor⁴⁴, con el artículo 1322 del Código de Comercio, el cual establece que el agente tendrá derecho a la remuneración así el negocio no se lleve a cabo por causas imputables al empresario, o cuando éste lo realice directamente en la zona del agente, la Corte establece que tanto derecho tiene el empresario a efectuar ventas directas en la zona encomendada al agente, como éste a reclamar una remuneración por este hecho: “así entendido el

⁴² VELÁSQUEZ RESTREPO. Op. Cit. p. 267

⁴³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre 14 de 1992. Magistrado Ponente: Héctor Marín Naranjo.

⁴⁴ VELÁSQUEZ RESTREPO. Op. Cit. p. 267

precepto, guarda una clara armonía con el artículo 1322 en el aparte al que se viene aludiendo, porque si el empresario conserva el derecho a realizar ventas directas, el agente mantiene el suyo a que le sea pagada la correspondiente remuneración”⁴⁵.

Ahora, la exclusividad a favor del empresario está consagrada en el artículo 1319 Código de Comercio.

ARTÍCULO 1319. EXCLUSIVIDAD A FAVOR DEL AGENCIADO. En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores.

Es entendida como la obligación del agente de no “promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores”. Esta última se diferencia de la exclusividad a favor del agente en que requiere ser pactada entre las partes para que surta efectos vinculantes; luego, es un elemento accidental al contrato, por lo que, ante el silencio de las partes, el artículo 1319 del Código de Comercio no entra a suplir voluntad.

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre 14 de 1992. Magistrado Ponente: Héctor Marín Naranjo.

2. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

El contrato de agencia comercial es una modalidad del mandato; cosa que ha quedado clara a través del presente escrito. De donde se sigue que la relación de agencia puede terminar por las causas comunes a todos los contratos, entre las que conviene destacar el vencimiento del plazo, y también la decisión unilateral, en la forma especial prevista para el mandato⁴⁶.

Expondremos ambas situaciones, pues existe una común confusión sobre la forma de cómo puede terminarse el contrato de agencia y sobre sus consecuencias jurídicas.

2.1 TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR LA LLEGADA DEL PLAZO Y SUS EFECTOS:

Cuando las partes han pactado un término de duración del contrato, la llegada del plazo extingue las obligaciones hacia el futuro y las partes recobran su libertad. Este efecto se produce de manera automática, pues ellas no tienen que manifestar su voluntad en tal sentido.

Según el Código Civil, aplicable a la materia mercantil en ausencia de precepto especial que disponga otra cosa (art. 2 y 822 C. de Co.), las obligaciones pueden contraerse a plazo. El laudo arbitral de 23 de mayo de 1997, proferido por el Tribunal de Arbitramento integrado por los árbitros Hernando Tapias Rocha, William Salazar Luján y Francisco Zuleta Holguín, que dirimió proceso instaurado por Preparaciones de Belleza S.A. <<Prebel S.A.>> contra L"Oreal de París nos recuerda cuál es el fundamento legal del término extintivo:

Consciente de la incompleta definición que del plazo da el Código Civil en su artículo 1551, y por expresa remisión del artículo 1555 ibídem, según el cual "el plazo es la época que se fija para el cumplimiento de la obligación...", la doctrina ha preferido, las que el mismo estatuto contempla con ocasión "De las asignaciones testamentarias a día" y, específicamente, el artículo 1138, a cuyo tenor tales asignaciones "pueden estar limitadas a plazos o días, de que dependa el goce actual o la extinción de un derecho", destacando así sus

⁴⁶ La ruptura unilateral de un contrato de duración determinada está prohibida en principio y constituye incumplimiento por parte del contratante que así procede. El legislador dispone algunas excepciones a la regla, como en el contrato de mandato, que según los artículos 2189-3 y 2191 del Código Civil puede ser revocado por el mandante a su arbitrio.

características de ser el término futuro y cierto al cual están subordinadas su exigibilidad o la extinción de una obligación.

En el mismo sentido, se ha pronunciado Álvaro Pérez Vives, para quien la relación que trae el artículo 1625 del Código Civil peca al haber omitido el término extintivo; un “modo de extinción [que] se explica en aquellas obligaciones cuyo objeto consiste en una prestación prolongada o en una serie de prestaciones sucesivas. En este caso, el objeto debido tiene cierta duración y el cumplimiento o vencimiento del término pone fin a la misma y libera al deudor de la obligación de continuar, para lo futuro, realizando la prestación”⁴⁷.

Profundizando sobre el mismo tema, en el laudo arbitral de 4 de diciembre de 1979⁴⁸ distinguen entre la renovación y la prórroga:

Las renovaciones de los contratos (ejecución sucesiva) son, como el mismo nombre lo señala, manifestaciones de voluntad destinadas a hacer actual un acuerdo pretérito llamado a extinguirse por el transcurso del tiempo. Son, pues, nuevo acuerdo sobre elementos pasados. Y lo son porque en el contrato (de ejecución sucesiva) sus elementos esenciales no pueden faltar, pero están naturalmente encaminados a extinguirse en el momento en que, por razón de las previsiones de las partes, cesen (las obligaciones asumidas por ellas)...La renovación se distingue entonces de la prórroga de un contrato, esto es de ampliación o plazo del término en él previsto para el cumplimiento de las obligaciones, en que la ampliación (prórroga) ni siquiera implica novación de la obligación u obligaciones, las cuales permanecen intactas, porque sobre ellas no recae un acuerdo de voluntad, acuerdo que, por el contrario, versa tan sólo sobre el plazo específico previsto para el cumplimiento. Por consiguiente, la renovación supone (en los contratos de ejecución sucesiva) el hacer nuevo el acuerdo de voluntades respecto de sus elementos pretéritos, es un contrato totalmente distinto al anterior donde se actualizan cada uno de sus elementos esenciales, naturales y accidentales.

La doctrina discute si en ausencia de previsión contractual la reconducción opera por un término igual al inicialmente pactado o si en tal caso el contrato se torna de duración indefinida. La tácita reconducción no consiste en una simple prórroga o prolongación de la relación contractual que venía vinculando a las partes, pues esta relación queda extinguida definitivamente. El fenómeno de la tácita reconducción podría entenderse como una renovación que se genera cuando

⁴⁷ TEORÍA GENERAL DE LAS OBLIGACIONES. Volumen III, Parte Segunda. Bogotá: Temis, 1955, Nos. 460 y 598.

⁴⁸ Laudo proferido por el Tribunal de Arbitramento por los árbitros Carlos Lleras Restrepo, Hernando Tapias Rocha y Efrén Ossa Gómez, que dirimió el proceso instaurado por Abocol S.A. contra Seguros Comerciales Bolívar S.A.

expirado el término estipulado por las partes en el contrato, los contratantes continúan comportándose como si el contrato aún existiera⁴⁹.

En pocas palabras, la renovación es la manifestación expresa de los contratantes de celebrar un nuevo contrato, que reemplaza el antiguo (conservando sus lineamientos), o su manifestación tácita en este sentido, inferida de su comportamiento: las partes continúan su desempeño como si subsistiera el contrato que ha terminado por expiración del término. De ahí que la renovación sea un nuevo contrato⁵⁰.

En los contratos de agencia comercial es usual convenir un plazo de duración agregando que al vencimiento del mismo, el contrato se prorrogará automáticamente, por periodos iguales salvo que alguna de las partes ejerza la opción de no prorrogarlo y notifique a la otra parte su intención de darlo por terminado con la antelación prevista en la misma cláusula, la cual se entiende como un preaviso de varios meses; así, el contratante que ejerce la opción de darlo por terminado advierte al otro sobre la llegada del plazo sin lugar a prórroga automática y con efecto extintivo de la relación obligatoria, para que así, el otro contratante pueda adoptar con tiempo las medidas necesarias en orden a la liquidación de los negocios y pueda precaver todas sus consecuencias⁵¹.

En tesis general, la extinción de una relación contractual por la llegada del plazo no genera obligación de indemnizar perjuicios. Así pues, el contrato de agencia comercial puede llegar por la llegada del plazo convenido para su duración. Pero también se ha puesto de presente la extraña regulación de este contrato en el Código de Comercio y criticado por la doctrina, por la manera poco técnica en que fue legislado.

Se discute por la doctrina si a la terminación del contrato el agente adquiere algún derecho sobre la clientela conseguida por él durante la vida del contrato. ¿Puede reclamar del empresario agenciado alguna indemnización por el hecho de haber conservado, adquirido o incrementado una clientela, de la cual solo éste habrá de reportar un beneficio en adelante?

⁴⁹ VALLEJO GARCÍA. Op. Cit. p. 67-68.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Así lo confirma la Corte Suprema de Justicia, Sentencia de casación de octubre 31 de 1995, expediente 4701. Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta. (Cita tomada de VALLEJO GARCÍA, Felipe. "El contrato de Agencia Comercial". Legis Editores S.A., Primera Edición, 1999, p. 69): *"Es evidente que sí, como ocurre en este caso, como cláusula accidental de un contrato, se pacta que puede darse por terminado de forma anticipada, o no prorrogarse por un término igual al inicialmente convenido, siempre y cuando se dé aviso a la otra parte contratante con la debida anticipación. Es claro entonces que el ejercicio por una de las partes de esta facultad, no puede, ni de lejos, constituir abuso de derecho..."*.

El concepto de indemnización presupone una culpa y un daño que es su resultado. Es fácil comprobar la falta de estos supuestos en el caso recién planteado. El agente recibe el encargo de promover los negocios del empresario en cierto territorio. La promoción tiene por objeto y como efecto crear una clientela para los negocios del empresario agenciado. La realización del encargo y del fin propuesto por los contratantes, no constituye culpa del agenciado. ¿Quién podría ponerlo en duda? Pero, ¿existe acaso un enriquecimiento del empresario, fruto de los esfuerzos del agente y que carece de causa? No; de ninguna manera existe aquí un perjuicio. La causa de este eventual beneficio reportado por el empresario a la terminación del contrato, está en el contrato y en la naturaleza misma del negocio. La remuneración que el agente recibe por su gestión es la remuneración convenida y como si ésta no fuere suficiente, la ley crea a favor del agente un mecanismo de protección especial, que bien lo expone la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en sentencia de 2 de julio de 2010, M.P. William Namén Vargas:

De acuerdo con el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, dice la censura, son causas para terminar el contrato de agencia “las mismas que la ley contempla para el (...) mandato” y como consecuencia de dicho finiquito “el agente adquiere derecho al pago de la prestación”, cuantificada “del promedio mensual de ingreso del agente en los tres últimos años, désele cual fuere la denominación, y se multiplica por la duración del contrato, a razón de un mes por año y proporcionalmente por fracción.

El sentido de la cesantía comercial es precisamente su carácter negocial, retributivo y exigibilidad por la simple expiración del negocio jurídico, aún por mutuo acuerdo, el tenor literal de la norma y...la transcripción de apartes de la jurisprudencia patria, diferenciándola uniformemente de la indemnización equitativa...en tanto el agente tiene derecho al finalizar el contrato, a una prestación emanada del pacto y no de su incumplimiento, al no buscar un resarcimiento indemnizatorio.

Lo anterior para dejar de manifiesto que según la ley, el agente tiene derecho a que el empresario le pague la suma establecida en el artículo 1324 inciso 1°, vulgarmente conocida como “cesantía comercial”, esta prestación se hace consistir en una retribución suplementaria o diferida que se adiciona a la remuneración ordinaria del agente, para compensarle todo y cualquier esfuerzo realizado en acreditar el negocio del empresario y la pérdida de cualquier beneficio futuro (comisiones) conectado con esa misma clientela. Sin embargo, la clientela final, desarrollada por el agente no pertenece al agente comercial sino al empresario.

En conclusión, el agente comercial ha recibido la remuneración convenida durante la vida del contrato y adicionalmente, una prestación suplementaria (cesantía comercial). Luego, no vemos argumentos para sostener que a la terminación del contrato, por expiración del término de su vigencia, deba el agente recibir –adicionalmente- una indemnización por haber cumplido con sus obligaciones al conquistar clientela para los negocios del empresario agenciado⁵².

2.2 TERMINACIÓN DE LA AGENCIA POR MUTUO DISENSO

Según los parámetros del artículo 1625 del Código Civil al expresar, que toda obligación puede extinguirse por una convención en que las partes interesadas siendo capaces de disponer libremente de lo suyo, consientan en darla por nula, es lo que comúnmente la doctrina denomina mutuo disenso. Al respecto el jurista francés Louis Josserand señala⁵³: “Los contratos, obras de dos o más voluntades se disuelven como ellos han sido formados, por el acuerdo unánime de las partes, y esta disolución se realiza impunemente, sin comprometer de ninguna manera la responsabilidad de aquellos que la han provocado o que los han suscrito”.

Pues bien, revisando el régimen legal del contrato de agencia comercial, nada impide que se pueda terminar por mutuo disenso.

2.3 TERMINACIÓN DE LA AGENCIA COMERCIAL DE DURACIÓN INDEFINIDA

Todo contrato puede ser terminado por mutuo acuerdo entre las partes. Esto, por supuesto, no presenta problema. Pero, ¿qué sucede cuando no se ha estipulado plazo? ¿Cuál es el régimen de un contrato de duración indeterminada?

En el derecho colombiano la regla que prohíbe los contratos perpetuos se deduce de los artículos 1625 y 2066 del Código Civil⁵⁴. Todo contrato de duración indefinida puede ser terminado de manera unilateral por cualquiera de las partes. Para lograr su propósito, la parte interesada debe anunciar a la otra su intención de dar por terminado el contrato, aunque en este no se haya estipulado la terminación con previo aviso (desahucio); y la anticipación será de medio período

⁵² VALLEJO GARCÍA. Op. Cit. p. 70-71

⁵³ VALLEJO GARCÍA, Felipe. El contrato de Agencia Comercial. Primera Edición, Legis Editores S.A., 1999, p. 78.

⁵⁴ La Constitución Política de 1886 decía con toda propiedad: “No habrá en Colombia...obligaciones irredimibles” (art. 37).

al menos, en los contratos de ejecución continuativa. El Código de Comercio no trae una regla general al respecto; pero, conforme a su artículo 977 cualquiera de las partes puede dar por terminado el suministro de duración indeterminada dando previo aviso a la otra en la época estipulada, o la que se rija según la costumbre o la que resulte de la naturaleza del suministro. Esta norma se aplica, por analogía, a los demás contratos mercantiles de ejecución continua en los que no se hubiere estipulado plazo (Art. 1 C. de Co.).

Sin embargo, por ser la agencia comercial de duración indeterminada un mandato de interés común, está sujeto a un régimen especial. Su terminación mediante desahucio sólo es posible cuando así lo estipulan los contratantes de manera expresa⁵⁵.

2.4 LA TERMINACIÓN DE LA AGENCIA COMERCIAL POR JUSTA CAUSA (ART. 1325 C. DE CO.)

La terminación unilateral del contrato de agencia comercial por alguna de las causas enumeradas en el artículo 1325 del C. de Co., es un fenómeno jurídico que no debe confundirse con la llegada del plazo.

El plazo es un convenio que se realiza entre las partes, de ahí que el artículo 1325 guarde silencio respecto de esta figura. El artículo mencionado se refiere es: a la revocación y renuncia de la agencia como modalidad de mandato.

Debemos aclarar que la propia ley diferencia entre las dos causas de terminación unilateral del contrato de agencia: la que se origina en la llegada del plazo y la que obedece a la revocación (o renuncia) del mandato. Expresa el artículo 1324 del C. de Co.: *“El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato”*. Y según el Código Civil, el mandato puede terminar, entre otras causas, por expiración del término y por la revocación del mandante (*art. 2189*). En lo concerniente al plazo, el artículo 1320 del Código de Comercio dispone que el contrato de agencia contendrá, entre otras estipulaciones, *“el tiempo de duración de las [facultades]”*. Es claro entonces que el artículo 1325 del Código de Comercio –en lo que atañe al empresario– gobierna exclusivamente la causa conocida como revocación. Dice, en efecto:

⁵⁵ VALLEJO GARCÍA. Op. Cit. p. 77

ARTÍCULO 1325. <JUSTAS CAUSAS PARA DAR POR TERMINADO EL MANDATO>. Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial:

1) Por parte del empresario:

- a) El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley;
- b) Cualquiera acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario;
- c) La quiebra o insolvencia del agente, y
- d) La liquidación o terminación de actividades;

2) Por parte del agente:

- a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales;
- b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;
- c) La quiebra o insolvencia del empresario, y
- d) La terminación de actividades.

Sucede que el mandato, fundado en la confianza, puede ser terminado de manera unilateral por la voluntad de cualquiera de las partes. Cuando esta manifestación es hecha por el mandante se habla de *revocación* y cuando la hace el mandatario de *renuncia*. La terminación unilateral del contrato de agencia comercial provocada por la voluntad del empresario no es otra cosa que la revocación de esta especie de mandato. La revocación se caracteriza por ser arbitraria (C.C., art. 2191). Ella depende de la voluntad unilateral y exclusiva del mandante, quien no tiene que fundar ni justificar su decisión en tal sentido.

Pero no siempre el mandato se puede terminar de manera unilateral e impunemente. Según los artículos 1279 y 1280 del Código de Comercio, el mandato conferido en interés del mandatario o de un tercero sólo podrá revocarse por justa causa, y en todo caso de revocación abusiva el mandante queda obligado a pagar al mandatario la remuneración total e indemnizarle perjuicios.

Tal como lo afirma el autor Felipe Vallejo García en la obra citada anteriormente, las distinciones hechas nos permiten comprender sin dificultad el sentido del artículo 1325, cuyo propósito es evitar la revocación abusiva de esta especie de mandato; revocación que la ley sanciona imponiendo al empresario agenciado (mandante) la obligación de indemnizar al agente (mandatario) los perjuicios que con ello le ocasiona (art. 1324-2).

En conclusión, la idea según la cual no se puede poner término a los contratos de agencia comercial carece de respaldo en la ley, es un defecto que viene de confundir dos causas de terminación distintas: el plazo extintivo y la revocación. Y por ello no se puede entender que la prohibición de la ley de revocar sin justa causa (art 1325) el mandato propio de la agencia comercial, borra la otra causa de terminación que es el plazo extintivo.

2.5 TERMINACIÓN DE LA AGENCIA SIN JUSTA CAUSA

Inicialmente, tendríamos que empezar por explicar que la teoría del mandato de interés común es una obra de la jurisprudencia francesa⁵⁶. Ni la jurisprudencia ni la doctrina colombiana, han construido semejante teoría. Sin embargo, las reglas del mandato y de la agencia comercial brindan firme apoyo a esta doctrina. Y particularmente, el artículo 1279 del Código de Comercio, que dice: “El mandante podrá revocar total o parcialmente el mandato, a menos que se haya pactado la irrevocabilidad o que el mandato se haya conferido también en interés del mandatario o de un tercero, en cuyo caso solo podrá revocarse por justa causa”.

El mandato de interés común no es irrevocable; pero, su ruptura sólo está justificada por la prueba de un motivo legítimo, tal es el caso de la agencia comercial. Si el contrato es a término indefinido (porque no se estipuló plazo) y el agente viene cumpliendo en forma cabal y oportuna con todas sus obligaciones, no por ello puede ser forzado el empresario a preservar el contrato⁵⁷.

La parte que desea finalizar el contrato de agencia comercial en forma *unilateral* debe comenzar por demostrar una de las justas causas autorizadas en la ley. Toda otra causa (salvo que hubiere sido convenida) se presume injusta y la responsabilidad civil de quien rompe el contrato resulta comprometida: el empresario es obligado a indemnizar al agente los perjuicios que con ello le ocasiona.

La noción de justa causa es más amplia que la idea de culpa (pues se incluyen eventos próximos a la fuerza mayor), aunque normalmente consistirá en la demostración por el contratante que la invoca de la culpa incurrida por la otra parte.

⁵⁶ GUESTIN, Jacques. *Traité de Droit Civil – Les effects du contract-* L.G.D.J., París, 1994. (Cita tomada de VALLEJO GARCÍA. Op. Cit., p. 81)

⁵⁷ Ni aún en el caso de haberse pactado la irrevocabilidad. Para confirmarlo, basta detenerse en el texto del artículo 1279.

La ley asume que la terminación abusiva del contrato es una de las conductas en las que más incurre el empresario, y por esta razón, regula particularmente sus efectos.

2.6 CARÁCTER ENUNCIATIVO DE LAS CAUSAS MENCIONADAS EN EL ARTÍCULO 1325

En palabras del tratadista Felipe Vallejo García: El artículo 1325 C. de Co. no tiene carácter taxativo. La ley no dice “únicamente” y no prohíbe tampoco estipular otras causas de terminación del contrato de agencia comercial. Por lo anterior, las partes pueden convenir otras causas de terminación del contrato y ellas han de presumirse justas.

Pero, ¿cuál es la situación si no se han pactado otras causas de terminación del contrato? ¿Puede la parte interesada en terminar el contrato invocar una causa distinta a las mencionadas en la ley y aducirla como un motivo legítimo de terminación? Sí; pero en tal caso, el empresario debe probar la legitimidad del móvil que aduce; le incumbe la carga de la prueba. Debe destruir la presunción de ilicitud que pesa sobre las causas ignoradas por la ley y omitidas en el contrato. En pocas palabras, no puede abusar de su derecho a revocar el mandato de la agencia comercial.

Existe abuso del derecho, cuando se da por terminado el contrato sin justa causa. Esto es, con apariencia intrínsecamente correcta, formalmente irreprochable; pero, sin existir razones justificativas ni motivos legítimos para la ruptura y contrariando el espíritu de la institución.

Todo evento de fuerza mayor es una justa causa. También lo son la mala situación de los negocios, la necesidad de reducir costos y cerrar las operaciones en la plaza, las pérdidas económicas, el fracaso del producto o servicio, etc. La reorganización de la empresa y especialmente de sus productos puede legitimar la ruptura unilateral del mandato de interés común cuando ha sido impuesta por una importante evolución, incluso por una “revolución del mercado”.

¿Puede invocarse como justa causa para terminar el contrato el desempeño mediocre del agente? El empresario aduce con frecuencia este motivo para terminar el contrato; pero, no hay que olvidar que la obligación del agente es de

medios y no de resultado. (¿Cómo pedirle que crezca el negocio en momentos de recesión o en condiciones difíciles de competencia y de mercado, cuando es el empresario el responsable de la calidad y quien fija precios?). Habrá que examinar la conducta del agente a la luz de las circunstancias concretas del caso, para poder juzgar si fue o no diligente y si puso los medios a su alcance en pos de los fines del contrato. Si el contrato dispone metas de crecimiento y el agente comercial no las alcanza, la situación es distinta ya que éste deberá garantizar ese resultado y asumir todas sus consecuencias.

2.7 PRESTACIONES A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

Como ya lo hemos mencionado, nuestro ordenamiento comercial se circunscribe dentro de los que conceden prerrogativas especiales al agente mercantil a la finalización del contrato. Por lo anterior, la agencia se convirtió a partir de la vigencia del actual Código de Comercio en una palabra mítica y prohibida. Los asesores de los productores se preocuparon por omitir dicha palabra de sus contratos con los auxiliares; surgieron distintas formas contractuales para evitar la denominación; ventas, promesas de venta, suministros, distribuciones, concesiones, etc. Desaparecen las antiguas denominaciones y se trata a toda costa de dar una forma diferente a esa realidad que venía sirviendo como alternativa de mercado de sus productos.

La respuesta a ese fenómeno surge del artículo 1324 del Código de Comercio, el cual, apareja dos prestaciones de tipo económico, el inciso primero establece: “(...) el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor”. A su vez, el inciso segundo expresa: “(...) Cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos (...)”⁵⁸.

El agente no es un trabajador del empresario, su prestación suele ser cuantiosa, y si se tiene que acudir en forma obligatoria y retroactiva a pagar una prestación por cada año de vigencia del contrato, es una situación para inquietar a cualquier empresario.

⁵⁸ VELÁSQUEZ RESTREPO. Op. Cit. p. 268

Anteriormente, se pretendía disimular la agencia en los negocios, pero con la sentencia del Dr. Miguel Moreno Jaramillo⁵⁹ les quedó más difícil hacerlo, pues en ella se establece que en el derecho las cosas son lo que son y no lo que las partes quieren que sean; sin embargo, se anotaba que las partes renunciaban a las prestaciones del art. 1324.

De ahí surgió la discusión en la doctrina sobre la posibilidad de renunciar a las prestaciones que trae el artículo 1324 C. de Co., o dicho de otra forma, establecer el carácter imperativo o supletivo de la regulación en cuestión.

La norma no advirtió si dichas prestaciones eran o no renunciables. Quienes consideran que estas prestaciones son renunciables se fundan en criterios como la autonomía de la voluntad en la contratación entre particulares. En este sentido, la Superintendencia de Sociedades considera que el artículo 1324 del C. de Co. es de índole dispositivo- supletivo, “puesto que se refiere exclusivamente a intereses patrimoniales de los particulares en función de un negocio jurídico en cuya celebración gozan de amplia libertad de estipulación”. Se fundamenta para esta afirmación en el artículo 15 del Código Civil, el cual señala que “podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes con tal que sólo miren el interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”⁶⁰.

Para el Dr. Gabriel Escobar Sanín⁶¹, refiriéndose exclusivamente a la prestación que comúnmente se denomina “Cesantía Comercial”, estipulando que es una prestación renunciable, no se trata de una norma de orden público o de interés social y además, “por no ser la agencia especialmente onerosa. Es más bien una comisión acumulable o remuneración diferida, por lo tanto renunciable”.

El Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar⁶², se sustenta en el artículo 15 del Código Civil relativo a la renunciabilidad de los derechos conferidos por la leyes, en conexión con el artículo 4 del C. de Co., sobre la prevalencia de las estipulaciones contractuales sobre las normas supletivas. Considera además, que la disposición no goza de carácter imperativo, entre otras razones, porque no es cierto que las

⁵⁹ ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo I. Biblioteca Jurídica Diké. Novena Edición. 2002, p. 392.

⁶⁰ Superintendencia de Sociedades. Oficio 13534, octubre 13 de 1971.

⁶¹ ESCOBAR SANÍN, Gabriel. Negocios civiles y comerciales. I. Negocios de sustitución. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 1958. p. 373

⁶² ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles. Tomo I. Biblioteca Jurídica Diké. Novena Edición. 2002, p. 396.

partes se encuentren en un plano de desigualdad, el agente es un comerciante, generalmente tiene solvencia fruto de las continuas operaciones que realiza; no tiene una gran carga laboral y prácticamente no asume los riesgos inherentes a su actividad. Es más el Dr. Arrubla expone: "...habrá que concluir entonces que si de proteger intereses del trabajo se trata habría que afirmar que la parte débil del contrato es el empresario, pues generalmente él es el productor, y tiene la empresa agenciada muchas más personas vinculadas que la empresa agencia".

Adicionalmente, el autor expone un argumento importante, el cual compartimos:

...Se argumenta que se pretende proteger a los agentes de simulaciones laborales. Es un absurdo. Para borrar del mundo jurídico los actos simulados tenemos las acciones simulatorias, sin necesidad de desvirtuar la función económica de un instrumento tan importante como es la agencia mercantil. Afirmar la razón de ser de la agencia únicamente para evitar las simulaciones del contrato de trabajo, es todo un contrasentido a la realidad económica y a la tarea que debe cumplir la norma jurídica.

De otro lado, quienes optan por el carácter imperativo de las prestaciones del artículo 1324 arguyen que la norma es de orden público, fundamentados en la voluntad del legislador, acudiendo a las actas del proyecto del Código de Comercio donde se precisa sobre el particular: "por lo demás, en el proyecto se provee a evitar la revocación intempestiva o abusiva de la agencia y la retribución del enriquecimiento sin causa por parte del principal, como secuela del *good will* adquirido por el crédito de la marca de su empresa o de sus productos, gracias a las actividades del agente"⁶³.

Armando Bonivento Jiménez⁶⁴ concluye que la pretensión del legislador al otorgarle imperatividad a las prestaciones del artículo 1324 es evitar el trato inequitativo en el ámbito económico-social del país. Afirmar además, que el atributo de orden público de esta norma, aunque no se infiere claramente de su lectura, subyace de los otros preceptos que regulan la agencia y que sí tienen ese carácter.

Acorde con esa posición, la Corte Suprema de Justicia ha considerado que la prestación en cuestión tiene el carácter de irrenunciable:

⁶³ Ministerio de Justicia, Comisión Redactora del Código de Comercio. Proyecto de Código de Comercio. Bogotá: 1958. Tomo II, p. 302

⁶⁴ BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando. Contratos Mercantiles de Intermediación. Bogotá: Librería del Profesional, 1996. p. 148.

Para la Corte, la prestación que consagra el artículo 1324 inciso 1°, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero, una vez éste haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias, no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condonación⁶⁵.

En la actualidad, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, expediente 7504, febrero 28 de 2005. Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, ha establecido una variante a la rígida aplicación de la denominada “cesantía comercial”, aceptando que el pago de esta prestación se puede hacer por anticipado durante el desarrollo del contrato por instalamentos, a consideración de las partes, y no únicamente a la terminación del contrato, como lo estipula la norma, sin que esto signifique una renuncia a la prestación.

(...) al margen de la discusión sobre la naturaleza de la prestación a que se refiere el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio (...) parece claro que, en línea de principio, ella debe ser satisfecha luego de terminado el contrato de agencia mercantil, como suele acontecer de ordinario, pues, al fin y al cabo, es en ese momento en que puede cuantificarse, a ciencia cierta, el valor de “la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años”, que le corresponde al agente por cada año de vigencia de aquel.

Empero a ello no se opone que las partes, en tanto obren de buena fe y en ejercicio de su libertad de configuración negocial, puedan acordar los términos en que dicha obligación debe ser atendida por parte del deudor (empresario agenciado), sin que norma alguna establezca que la referida compensación o remuneración únicamente puede cancelarse con posterioridad a la terminación del contrato.

Por otra parte, cabe precisar que es un principio general de derecho no existir obligaciones irredimibles, lo que equivale a decir que cualquier contrato, como acto jurídico generador de obligaciones que es, debe tener un plazo de duración determinado o por lo menos determinable. Ocurre lo primero cuando las partes señalan puntualmente el término de duración de la relación contractual, mediante

⁶⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre 2 de 1980, M.P. Germán Giraldo Zuluaga.

el establecimiento de un plazo o de una fecha cierta de expiración; pero, puede ocurrir también que las partes no hayan pactado ningún término de duración del contrato, en cuyo caso ha de admitirse que cualquiera de ellas puede darlo por terminado, toda vez que se reconoce que los contratantes no están obligados a permanecer indefinidamente en relación contractual, pues esta es una de las características puntuales del postulado de la autonomía de la voluntad privada. Pero, es imprescindible que quien adopte la determinación de dar por finalizado el contrato lo haga mediante un preaviso cuya anticipación esté acorde con las circunstancias del negocio y de su contraparte, para no causarle perjuicios económicos. Esto significa que la terminación no puede ser intempestiva, toda vez que ello equivaldría al ejercicio abusivo de una prerrogativa legal o contractual.

Ahora, si el contrato termina por la expiración de su vigencia en razón de la voluntad de una de las partes de no prorrogarlo, expresada en la forma y con la antelación pactada o razonable si las partes no estipularon nada al respecto, ninguna consecuencia indemnizatoria se derivará para la parte que decida no prorrogar el contrato. Esta posición ha sido acogida por la justicia arbitral, en especial, el Laudo Arbitral de Prebel vs. L'Oreal, proferido el 23 de mayo de 1997.

El inciso 2° del artículo 1324 C. de Co. contempla de manera adicional a la prestación prevista por el inciso 1°, una indemnización cuando “el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada” o “cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario”.

Por tanto, si el empresario es quien da por terminado el contrato en forma abrupta y abusiva, o, en otras palabras, si su decisión no se apoya en ninguna de las justas causas del art. 1325 del C. de Co., tendrá el agente derecho a recibir el resarcimiento previsto en el inciso 2° del mencionado art. 1324.

Dicha indemnización debe ser fijada por peritos, como retribución a los esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicaría cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario. En efecto, esta indemnización está orientada a retribuir los esfuerzos desplegados por el agente para abrir y ampliar el mercado para los servicios y bienes del agenciado y para acreditar, difundir y promocionar los bienes suministrados por aquél.

Para la fijación del valor de la indemnización se impone “tener en cuenta la extensión, la importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato”. Sin embargo, del texto del inciso segundo del artículo 1324 surgen diversas dudas y ambigüedades que ofrecen dificultades para su recta comprensión. Así se reconoció en el Laudo Arbitral de Central de Seguros vs. Maalula⁶⁶, en el cual se formulan comentarios del siguiente tenor:

La redacción de la disposición legal plantea dudas sobre su contenido y alcance. En efecto, de una parte, la norma señala que se trata de una indemnización, lo cual implica que se busca reparar un daño que sufre el agente por la terminación del contrato. Sin embargo, la ley también señala que la indemnización debe ser fijada por peritos como “retribución por los esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o servicios objeto del contrato”. La expresión retribución sugiere la idea de una contraprestación diferida, de manera análoga a la que prevé el primer inciso del artículo 1324 del Código de Comercio.

Ahora bien, el Código de Comercio incluyó, de una parte, una prestación que se causa a la terminación del contrato, pero cuyo monto se calcula de una manera matemática en función de las comisiones recibidas; y de otro lado, una indemnización que se causa sólo en los eventos de terminación sin justa causa por el empresario o cuando éste da lugar a la terminación por justa causa por parte del agente, pero cuyo monto se calcula en la forma en que el proyecto de 1958 había previsto para la prestación por razón de la terminación del contrato, lo que genera la dificultad a la cual se ha hecho referencia.

A pesar de la complejidad causada por el texto legal, consideran los árbitros, que del conjunto de elementos que precisa la ley es posible determinar el alcance y contenido de la indemnización del inciso 2° del mencionado artículo. En efecto, como ya se vio, se trata de reparar un daño. En segundo lugar, ella debe tomar en cuenta la retribución por los esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o servicios objeto del contrato. En efecto, esa idea de retribución se puede armonizar con el principio indemnizatorio si se tiene en cuenta que el agente realiza sus esfuerzos y labores para obtener la conclusión de contratos, pero dichos esfuerzos se ven afectados por la terminación del contrato que impide al agente obtener las comisiones por los contratos que se celebren como consecuencia de su labor. Es claro que para determinar cuáles hubieran sido los ingresos que habría recibido el agente, deben tomarse en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente ejecutó en el contrato.

Así pues, el fundamento de la indemnización a que nos referimos es un criterio de equidad, es claro que el período que deberá tomarse en cuenta para el cálculo de ese resarcimiento es aquél en el cual el contrato se hubiera prolongado de no

⁶⁶ Laudo Arbitral del 31 de agosto de 2000 entre Compañía Central de Seguros S.A. y Compañía Central de Seguros de Vida S.A. vs. Maalula Ltda. Árbitros: Jorge Suescún Melo, Juan Pablo Cárdenas y Antonio José de Irisarri Restrepo.

haber mediado la terminación prematura de la relación. Se trata así, de la reparación de lucro cesante correspondiente a lo que el agente hubiese recibido sino hubiera concluido el contrato por razones atribuibles al empresario.

3. ALGUNAS DIFERENCIAS DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL FRENTE A OTROS CONTRATOS DE INTERMEDIACIÓN

3.1 CONTRATO DE CORRETAJE

En primer lugar, es necesario indicar que la legislación colombiana no trae una definición como tal del contrato de corretaje; sin embargo, sí describe el contrato en función de las calidades del corredor. Así pues, el artículo 1340 del Código de Comercio dispuso que “Se llama corredor a la persona que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia, mandato o representación”. Se puede afirmar, entonces, que el corretaje es un contrato consensual en el cual un comerciante busca la realización de negocios individuales mediante el acercamiento del oferente y el adquirente, quienes celebran el negocio, a cambio de una remuneración.⁶⁷

Ahora bien, el corretaje y la agencia se parecen en una de esas modalidades en la cual puede consistir la labor del agente mercantil, como es la de simple promover o facilitar negocios, dejando su conclusión al empresario de quien recibió el encargo. No obstante, la nota diferenciadora se centra en la vocación a la duración que inspira a la agencia y en la momentaneidad que caracteriza al corretaje. El corredor no establece relaciones duraderas entre el mediador y quien hace el encargo, en cambio, la agencia es un contrato caracterizado por la duración que implica la función económica pretendida con la figura.⁶⁸

De igual manera, complementando lo anterior, es importante resaltar que la doctrina española también ha distinguido la permanencia como la diferencia principal entre la agencia y el corretaje. En efecto, señala que: “Frente a la estabilidad y permanencia que, como ya hemos visto es típica del contrato de agencia, la actividad del corredor es de instantaneidad, dada su natural tendencia a conseguir un determinado contrato y no una masa de ellos”.⁶⁹

⁶⁷ SUESCÚN MELO. Op. Cit. p. 492

⁶⁸ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit. p. 462

⁶⁹ MOXICA ROMÁN, José. La ley del Contrato de Agencia. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia. Editorial Arazandi, Navarra, 1998, p. 49.

Sintetizando un poco lo anterior, se puede llegar a afirmar que mientras el agente se caracteriza por la permanencia, la actividad del corredor constituye una simple actividad esporádica y transitoria.

3.2 CONTRATO DE COMISIÓN

La legislación comercial colombiana consagra la comisión como una especie de mandato. El artículo 1287 del Código de Comercio define así este contrato: “La comisión es una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio, pero por cuenta ajena”. De la anterior definición se puede vislumbrar que se trata de un mandato sin representación, en el cual el comisionista obrará siempre en nombre propio.

Ahora bien, la doctrina nacional ha señalado que “el agente de comercio se distingue del comisionista ya que este último asume encargos solamente ocasionales de cualquiera que se dirija a él. Por tanto, el comisionista puede prestar servicios a todos los comerciantes, aunque se hagan competencia entre sí, mientras que el agente, que tiene un vínculo de permanencia con su agenciado, no puede asumir la representación de otras cosas que ejerzan el mismo comercio, ni dedicarse a operaciones que hagan competencia directa a los negocios del principal”.⁷⁰ De igual manera, cabe resaltar que en virtud de la comisión no se establece una relación jurídica estable, permanente o duradera entre el comitente y el comisionista, como en el caso de la agencia mercantil sino, la necesaria para cumplir con la labor encargada.

3.3 CONTRATO DE SUMINISTRO

Está definido en el artículo 968 del Código de Comercio como un “...contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”. Es un tipo contractual de gran importancia en la vida económica actual, ya que los empresarios necesitan tener certeza sobre el abastecimiento periódico de sus materias primas, bienes o servicios. Aparecen entonces dos sujetos: el proveedor que es la persona natural o jurídica que en forma independiente y normalmente organizado como empresa se obliga a realizar las prestaciones

⁷⁰ SUESCÚN MELO. Op. Cit. p. 498

periódicas o continuas de bienes o servicios a favor de otra y el suministrado, el cual es la persona natural o jurídica que requiere y solicita las prestaciones periódicas o continuas de bienes o servicios.

De acuerdo con Arrubla Paucar, el contrato de suministro tiene una función económica específica: se convierte en una forma jurídica que ofrece una economía de tiempo y de actividad administrativa para quienes utilizan la figura contractual. En lugar de tener que estar celebrando un contrato de venta o de servicios cada que se precisa de bienes o de servicios, se celebra un solo contrato durante un período largo de tiempo. Se economiza el tiempo que significaría tener que estar celebrando contratos y la actividad administrativa que implica su control y vigilancia.⁷¹

Ahora bien, para diferenciar, de una manera clara, la agencia comercial del suministro, es pertinente resaltar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en fallo de octubre 30 de 1987, con ponencia del magistrado Eduardo García Sarmiento: “Una de las características del contrato de suministro, como lo ha señalado la jurisprudencia, es la de que el distribuidor es propietario de las mercancías que vende y no tiene facultad de representar al empresario como agente ni como mandatario...El agente es representante del empresario en los términos del contrato, que contendrá los poderes o facultades del agente”.

3.4 CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

Es un contrato que no tiene definición expresa dentro de la legislación mercantil, siendo entonces un contrato innominado o atípico. Se evidencia pues aquí la primera diferencia con la agencia comercial, la cual se encuentra expresamente regulada en el Código de Comercio.

Al no existir una definición expresa de este tipo contractual, es necesario acudir a la doctrina jurídica o a la jurisprudencia, resaltando lo planteado por la doctrina argentina, la cual lo ha definido como “(...) aquel por el cual el productor o fabricante conviene el suministro de un bien final –producto determinado- al distribuidor, quien adquiere el producto para proceder a su colocación masiva por medio de su propia organización en una zona determinada. A cambio de ello, el distribuidor recibe del productor un porcentaje sobre el precio de venta del

⁷¹ ARRUBLA PAUCAR. Op. Cit. p. 227

producto, sin perjuicio de las condiciones relativas a pedidos previos y formas de pago”⁷². En Colombia por su parte, teniendo en cuenta la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia⁷³ se ha aludido al tema distinguiendo el contrato de Agencia Comercial y el contrato de Distribución; estableciendo como la diferencia sustancial principal entre estas dos figuras contractuales, consiste en que en el contrato de agencia mercantil el agente promueve o explota negocios del agenciado (empresario) por cuenta del agenciado y no por cuenta propia, al paso que en el contrato atípico llamado comúnmente de Distribución, el distribuidor lleva a cabo negocios por cuenta y riesgo propio, y no por cuenta y riesgo ajeno.

Significa lo anterior que en el contrato de agencia las consecuencias jurídicas, los efectos jurídicos de los actos ejecutados por el agente, así no sea representante del empresario, se trasladan o deben trasladarse a la órbita patrimonial del empresario, quien es el llamado a asumir los riesgos de dichos actos como por ejemplo la pérdida o no venta de la mercancía, entre otros. Asimismo, obtiene las ventajas de las actuaciones y operaciones realizadas por el agente, como sería el caso de un aumento de precios.

En oposición a lo descrito atrás, en el contrato de Distribución los negocios realizados por el distribuidor no se trasladan o deben trasladarse a otro, sino que éste, de manera clara, es quien asume las consecuencias de la celebración de dichos negocios, siendo suyos los riesgos de los bienes objeto de distribución, suya la cartera y suyos son los beneficios tales como las ventajas de los aumentos de precios.

3.5 CONTRATO DE LICENCIA DE USO DE MARCAS

Es un contrato principal cuya autonomía ha sido reconocida por nuestro derecho positivo en los artículos 594⁷⁴ y 597⁷⁵ del Código de Comercio. Es una forma que tiene la persona de explotar las marcas de su propiedad (C. de Co., arts. 555, 556-2, 594 y 597). En virtud de este contrato mercantil, el titular de la marca –e/

⁷² PERROTA, Salvador. Contratos de Empresa, citado por Jorge Suescún Melo en la obra Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo Tomo II, Editorial LEGIS, Segunda Edición, 2006, p. 495

⁷³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. M.P. Carlos Esteban Jaramillo, 16 de marzo de 2006.

⁷⁴ Art. 594: “El contrato de licencia contendrá estipulaciones que aseguren la calidad de los productos o servicios producidos o prestados por el beneficiario de la licencia. El titular de la marca ejercerá control efectivo sobre dicha calidad y será solidariamente responsable frente a terceros por los perjuicios causados...”.

⁷⁵ Art. 597: “Son aplicables a las marcas, en lo pertinente, los artículos sobre patentes, relativos a la obligación de los extranjeros de designar un representante, régimen de las sociedades extranjeras que soliciten y obtengan patentes,...licencia contractual...”

concedente- permite que otro –*el concesionario*- le dé un uso comercial apropiado a su función distintiva, a saber: fabricar y colocar en el mercado productos identificados con ella, de manera que no se confundan con los de la concurrencia y su imagen contribuya a crear una clientela para tales productos, que pertenecen al concesionario. A cambio del uso de la marca y del suministro de la tecnología, el concesionario se obliga a pagar al concedente una remuneración.

Ahora bien, habiendo examinado anteriormente el contrato de agencia comercial, se pueden señalar algunas diferencias con relación al contrato de licencia de uso de marcas⁷⁶. En primer lugar, mientras la licencia de uso de marcas es una especie de locación, un contrato que tiene por objeto permitir que otro use temporalmente un bien inmaterial, la agencia comercial es una modalidad de mandato. Así pues, el concesionario distribuye bienes en su propio nombre, por su propia cuenta y a su propio riesgo; contrariamente a lo que sucede con el agente, el cual obra por cuenta y riesgo de otro (el agenciado). En segundo lugar, mientras en el contrato de licencia de uso de marcas el concedente no contrae obligación de pagar contraprestación alguna al concesionario, en la agencia comercial el empresario se obliga a pagar al agente una comisión o retribución equivalente por la gestión en qué consiste el encargo asumido por éste. En tercer lugar, mientras en la licencia la promoción es adelantada por el concesionario para distribuir sus propios productos y el beneficio de tal promoción repercute directamente en su patrimonio, en la agencia la promoción que adelanta el agente es el encargo objeto del mandato y repercute directamente en beneficio del empresario agenciado. En cuarto lugar, mientras en la licencia el concesionario paga por usar un bien ajeno (la marca), que le permite la explotación de sus propios negocios, en la agencia el empresario paga por la gestión de negocios que otro (el agente) adelanta en interés suyo y eventualmente en su nombre. Finalmente, mientras en la licencia el titular de la marca no la explota en el territorio del contrato, sino que la alquila al concesionario para que sea este quien la explote, en la agencia comercial el empresario desarrolla su propia actividad en el territorio a través del agente.

⁷⁶ Diferencias extraídas del capítulo X de la obra del tratadista Felipe Vallejo García: El contrato de Agencia Comercial. Legis Editores S.A., Primera Edición, 1999, Bogotá Colombia.

**4. MODELO DE CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL CON CESANTÍA
COMERCIAL ANTICIPADA PARA LAS COMPAÑÍAS COLOMBIANAS QUE SI
QUIEREN QUE SE CONFIGURE LA AGENCIA COMERCIAL**

CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL CELEBRADO ENTRE

_____ Y _____

Entre los suscritos a saber: _____, mayor de edad, identificado(a) con cédula de ciudadanía No. _____ expedida en _____, domiciliado(a) en _____, en su calidad de _____, actúa en nombre y en representación legal de _____, sociedad comercial identificada con NIT _____ y legalmente constituida mediante escritura pública No. _____ del día _____ del mes _____ del año _____, inscrita el _____ de _____ de _____ bajo el número _____ del Libro _____, según consta en el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de _____, el cual se adjunta al presente contrato y hace parte integral del mismo, quien en adelante se denominará EL AGENTE, por una parte; y por la otra, _____, mayor de edad, identificado con cédula de ciudadanía número _____ de _____, domiciliado en la ciudad de _____, en su calidad de _____, actúa en nombre y en representación legal de _____, sociedad comercial legalmente constituida mediante escritura pública No. _____ del _____ de _____ de _____, inscrita el _____ de _____ de _____ bajo el número _____ del Libro _____, según consta en el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de _____, el cual se adjunta al presente contrato y hace parte integral del mismo, quien en adelante se denominará EL EMPRESARIO, y conjuntamente con EL AGENTE, se denominarán LAS PARTES, hemos celebrado el presente contrato de agencia comercial, el cual se regulará por lo previsto en el presente documento y por las normas legales vigentes que regulan la materia, previas las siguientes declaraciones:

DECLARACIONES:

1. EL AGENTE y EL EMPRESARIO, de mutuo acuerdo, manifiestan su interés en celebrar el presente contrato de agencia comercial, cuyos elementos esenciales son la actividad de promoción realizada por parte de EL AGENTE y la independencia entre éste y EL EMPRESARIO. Así mismo, LAS PARTES declaran su deseo de celebrar, en concurrencia con el contrato de agencia, un contrato de suministro de productos.
2. El pago de la cesantía comercial consagrada en el Art. 1324 del Código de Comercio, se efectuará por parte de EL EMPRESARIO mediante pagos anticipados mensuales y se liquidará a la finalización del presente contrato, imputando dichos pagos anticipados al valor final que se deba cancelar.
3. No obstante lo anterior, quedará a discreción de EL EMPRESARIO modificar la forma de pago de la cesantía comercial, y por ende la forma de pago de los anticipos a la misma.
4. EL AGENTE y EL EMPRESARIO son comerciantes independientes y autónomos, que desarrollan su actividad con sus propios recursos económicos y sus propios activos, asumiendo cada uno el riesgo de su operación.
5. EL AGENTE tiene conocimiento y experiencia en la venta, almacenamiento y transporte de productos alimenticios.
6. EL EMPRESARIO es un comercializador de productos de terceros que son ampliamente reconocidos en el mercado y desea organizar y mantener una red de agentes que le permita atender el mercado para los productos que comercializa, en las cambiantes condiciones en que éste se desarrolla.
7. EL AGENTE y EL EMPRESARIO entienden que por la naturaleza del presente contrato y para lograr los beneficios que del mismo espera cada uno de ellos, se requiere que EL EMPRESARIO tenga facultades de dirección comercial, logística, administrativa, tecnológica y financiera del negocio, para lo cual EL AGENTE debe acatar esas directivas en los términos del presente contrato y sin que por ello se entienda que existe subordinación alguna.

CLÁUSULAS:

1. DEFINICIONES.- Las palabras listadas a continuación se entenderán en el sentido que aquí se expresa:

AGENTE: Es _____ **S. A.**, sociedad comercial identificada con NIT _____ y legalmente constituida mediante escritura pública No. _____ del día _____ del mes _____ del año _____, inscrita el _____ de _____ de _____ bajo el número _____ del Libro _____, según consta en el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de _____, el cual se adjunta al presente contrato y hace parte integral del mismo, representada legalmente por _____, mayor de edad, identificado(a) con cédula de ciudadanía No. _____ expedida en _____, domiciliado(a) en _____.

EMPRESARIO: Es _____, sociedad legalmente constituida, cuyo objeto social es la realización de cualquier actividad lícita, pudiendo llevar a cabo todas las operaciones de cualquier naturaleza relacionadas con el objeto mencionado que permitan el funcionamiento de la sociedad, lo cual para efectos del presente contrato incluye la venta de productos, su almacenamiento y transporte.

TERRITORIO: Zona fija del territorio nacional colombiano asignada a EL AGENTE para las actividades de promoción y venta de LOS PRODUCTOS. Para efectos del presente contrato el TERRITORIO asignado corresponde a _____.

PRODUCTOS: Alimentos y otros bienes propios o de terceros comercializados por EL EMPRESARIO.

PROMOCIÓN: Actividad o conjunto de actividades realizadas por El AGENTE, en forma independiente, estable y autónoma, tendientes a conquistar, ampliar, mantener o reconquistar un mercado para LOS PRODUCTOS.

CLIENTES: Las personas que constituyen el objetivo de las labores de PROMOCIÓN y venta de LOS PRODUCTOS que le son encargadas a EL AGENTE.

CESANTÍA COMERCIAL: Prestación a que tiene derecho EL AGENTE a la terminación del contrato de agencia calculada según la fórmula del artículo 1324 del Código de Comercio.

SIGNOS: Son todas las marcas, diseños, logos, sellos, patentes, tecnología, know-how, procesos, fórmulas, investigaciones, bases de datos, nombres, lemas, colores, membretes, dibujos, enseñas comerciales y nombres de dominio, que identifican o que, de cualquier manera, se encuentran asociados a LOS PRODUCTOS, cuyo uso se autoriza a EL AGENTE en virtud del presente contrato y son de propiedad de EL EMPRESARIO o licenciados a éste.

2. OBJETO.- En virtud del presente contrato, EL EMPRESARIO encarga a EL AGENTE, la PROMOCIÓN y venta de LOS PRODUCTOS en EL TERRITORIO, en forma independiente, estable y autónoma, bajo su propia responsabilidad, y de acuerdo con los términos señalados en este contrato.

Para desarrollar las actividades de venta de LOS PRODUCTOS, EL AGENTE deberá previamente adquirir los mismos a título de compraventa a EL EMPRESARIO. Lo anterior, en virtud del contrato de suministro que por este mismo documento se celebra.

Tanto en las actividades de PROMOCIÓN como en las actividades de venta de LOS PRODUCTOS, es necesaria la unificación de métodos y procedimientos comerciales, logísticos y contables, por lo que EL AGENTE acepta acogerse a las políticas y directrices impartidas por EL EMPRESARIO en ese sentido.

3. REMUNERACIÓN POR LA PROMOCIÓN.- EL EMPRESARIO pagará a EL AGENTE como remuneración económica por el encargo de la PROMOCIÓN de LOS PRODUCTOS, el ____% del valor de las ventas realizadas por éste a LOS CLIENTES.

4. FORMA DE PAGO DE LA REMUNERACIÓN POR LA PROMOCIÓN.- EL valor establecido en la cláusula anterior se pagará por parte de EL EMPRESARIO a EL AGENTE de la siguiente forma:

Un elemento fijo, correspondiente al 10% del ____% señalado en la cláusula 3, que EL EMPRESARIO reconocerá a EL AGENTE por la PROMOCIÓN de LOS PRODUCTOS, el cual se pagará dentro del mes siguiente, previa presentación de la respectiva factura.

Un elemento variable, correspondiente al 90% del ____% señalado en la cláusula 3, que EL EMPRESARIO reconocerá a EL AGENTE por la PROMOCIÓN de LOS PRODUCTOS, el cual se pagará según el cumplimiento de objetivos previamente definidos por EL EMPRESARIO en el periodo que éste estime conveniente.

Es claro, que si EL AGENTE no cumple con los objetivos de cumplimiento propuestos por EL EMPRESARIO no tendrá derecho a cobrar valor alguno por el concepto del elemento variable.

Parágrafo: El valor que se cause tanto por el elemento fijo como por el elemento variable se pagará por EL EMPRESARIO previa presentación de la respectiva factura por parte de EL AGENTE.

5. CESANTÍA COMERCIAL.- EL AGENTE recibirá a título de prestación por la finalización del contrato de agencia, la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad, recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o el promedio de todo lo recibido, si la duración del contrato fuera menor a tres (3) años.

En virtud de lo anterior y para efectos del presente contrato, la base sobre la cual se liquidará la CESANTÍA COMERCIAL corresponde a:

El descuento otorgado a EL AGENTE a pie de factura, por la compraventa de LOS PRODUCTOS. (Descuento por volumen).

El valor recibido por EL AGENTE por concepto de LA REMUNERACIÓN POR LA PROMOCIÓN de LOS PRODUCTOS.

6. FORMA DE PAGO DE LA CESANTÍA COMERCIAL.- EL EMPRESARIO pagará la CESANTÍA COMERCIAL a EL AGENTE de manera anticipada mediante pagos mensuales, en forma tal que, del total de la misma, se pagará anticipadamente un determinado porcentaje a título de anticipo y el saldo se pagará a la terminación del presente contrato.

Queda a discreción de EL EMPRESARIO hacer, en cualquier momento y de forma unilateral, los cambios que considere necesarios con respecto a la forma de pago anticipado de la CESANTÍA COMERCIAL.

7. VIGENCIA.- La vigencia del presente contrato será de _____ año(s) contados a partir de la suscripción del presente contrato por los representantes legales de ambas partes.

Parágrafo. El registro del contrato de agencia ante la respectiva Cámara de Comercio corresponderá a EL EMPRESARIO. En caso de llegar a generarse algún costo por dicho registro será asumido por ambas PARTES en iguales proporciones.

8. SUMINISTRO DE LOS PRODUCTOS.- EL EMPRESARIO suministrará LOS PRODUCTOS a EL AGENTE al precio al que para el momento de la venta tenga establecido EL EMPRESARIO. Dicho precio podrá cambiar de acuerdo con la política que para tal fin tenga aquél.

Sobre el precio de venta de LOS PRODUCTOS, EL EMPRESARIO reconocerá a EL AGENTE un descuento por volumen de compra que corresponderá al _____% sobre el valor de aquéllos. Este descuento se reconocerá a pie de factura y podrá variar de acuerdo con las políticas que para tal fin tenga establecidas EL EMPRESARIO.

EL AGENTE pagará el valor de LOS PRODUCTOS a EL EMPRESARIO de estricto contado.

Parágrafo. EL EMPRESARIO podrá sugerir los precios de venta de LOS PRODUCTOS dirigidos a LOS CLIENTES.

9. OBLIGACIONES DEL AGENTE.- Son obligaciones especiales de EL AGENTE las siguientes:

- 1) Promover LOS PRODUCTOS en las condiciones establecidas en el presente documento.
- 2) Cumplir con el presupuesto y porcentaje de crecimiento del mercado establecido por EL EMPRESARIO en forma mensual.
- 3) Adquirir LOS PRODUCTOS de EL EMPRESARIO a título de compraventa para comercializarlos en EL TERRITORIO objeto de la PROMOCIÓN.
- 4) Ser AGENTE exclusivo del EMPRESARIO.
- 5) Hacer constar por escrito, en anexo aparte, la lista de CLIENTES actuales de EL EMPRESARIO y que éste aporta a la relación de agencia que se concerta, con el fin de determinar la clientela que aportará EL AGENTE con su actividad. Dicha lista deberá actualizarse anualmente, incluyendo los

CLIENTES desarrollados por EL AGENTE como resultado de la realización de su actividad. El expresado anexo se redactará, cada vez, por duplicado y será firmado por LAS PARTES, considerándose desde ese momento como parte integrante del presente contrato.

- 6) Proporcionar a EL EMPRESARIO informes completos sobre las actividades de promoción realizadas, el comportamiento de la venta de LOS PRODUCTOS, y los resultados obtenidos en ejecución del presente contrato.
- 7) Permitir a EL EMPRESARIO acceso al software para que éste extraiga la información y los reportes que requiera para el análisis de la gestión de EL AGENTE.
- 8) Cumplir el encargo que se le ha asignado de conformidad con las instrucciones recibidas de EL EMPRESARIO y rendirle los informes relativos a las condiciones del mercado en EL TERRITORIO.
- 9) Trasladar a LOS CLIENTES los descuentos y/o actividades que EL EMPRESARIO destine para éstos.
- 10) Comunicar inmediatamente a EL EMPRESARIO cualquier reclamo relativo a la calidad de LOS PRODUCTOS.
- 11) Remitir a EL EMPRESARIO la información que éste solicite en cuanto al comportamiento de las ventas de LOS PRODUCTOS y las posibilidades del mercado en EL TERRITORIO.
- 12) Abstenerse de promover o explotar en EL TERRITORIO o en el mismo ramo LOS PRODUCTOS de otros empresarios competidores, o de emplear la información que sea de su conocimiento en razón de este contrato, en beneficio propio o de terceros y en perjuicio de EL EMPRESARIO.
- 13) El AGENTE deberá comunicar a EL EMPRESARIO, cada vez que éste así lo solicite toda la información sobre sus actividades, las condiciones del mercado, el estado de la competencia dentro del TERRITORIO, las situaciones que se hayan suscitado con los CLIENTES, y demás detalles que EL EMPRESARIO deba conocer para evitar eventos perjudiciales a sus intereses o para mejorar la calidad de los PRODUCTOS. Así mismo deberá atender cualquier solicitud razonable de información de EL EMPRESARIO que éste considere pertinente sobre las condiciones del mercado de LOS PRODUCTOS.
- 14) Si EL AGENTE utiliza los servicios de terceros para las labores de PROMOCIÓN de LOS PRODUCTOS, lo hará bajo su plena y entera responsabilidad, sin que este hecho lo exonere de ninguna de las obligaciones emanadas de este contrato de agencia, o del deber de indemnizar a EL EMPRESARIO por los daños que se deriven por las fallas de los terceros. Antes de celebrar cualquier contrato o acuerdo con terceros para el desarrollo de las labores de PROMOCION y venta de LOS PRODUCTOS, EL AGENTE deberá proveer a EL EMPRESARIO información completa por escrito sobre el tercero al que proyecta contratar, incluyendo datos específicos sobre su capacidad administrativa, comercial y

financiera, referencias y demás datos que puedan ser útiles a EL EMPRESARIO.

- 15) Someterse rigurosamente a las políticas y demás disposiciones de EL EMPRESARIO en cuanto a las labores de PROMOCION y venta de LOS PRODUCTOS.
- 16) Guardar absoluta confidencialidad en relación con toda la información de EL EMPRESARIO que llegue a su conocimiento de cualquier forma durante la vigencia de este contrato de agencia incluyendo, entre otros aspectos, los términos de este documento y sus anexos, información de ventas, procedimientos de operación, información de negocios y contenido de las bases de datos de CLIENTES. Esta obligación sobrevivirá a la terminación del contrato de agencia por cualquier causa.
- 17) El AGENTE no está facultado para celebrar contratos en nombre de EL EMPRESARIO o a comprometerlo frente a terceros, salvo autorización expresa.
- 18) EL AGENTE no alterará, oscurecerá o removerá LOS SIGNOS de fuente u origen de LOS PRODUCTOS.
- 19) EL AGENTE se compromete a no adquirir de terceras personas LOS PRODUCTOS, especial aunque no exclusivamente de contrabandistas en fronteras o fuera de la República de Colombia.
- 20) Proveer mensualmente a EL EMPRESARIO los reportes que éste así solicite.
- 21) Unificar sus procesos y procedimientos comerciales, logísticos, financieros y contables con EL EMPRESARIO de modo que se obtenga la PROMOCIÓN y venta uniforme de LOS PRODUCTOS.
- 22) Abstenerse de PROMOCIONAR y vender LOS PRODUCTOS por fuera del TERRITORIO.
- 23) Cumplir con las condiciones de conservación, cuidado, higiene y manejo de LOS PRODUCTOS de conformidad con las instrucciones suministradas por EL EMPRESARIO.
- 24) Pagar oportunamente los salarios y prestaciones sociales al personal que ocupe en la ejecución del objeto del presente contrato; así mismo, garantizará a EL EMPRESARIO que dicho personal se encuentra debidamente afiliado al sistema de seguridad social integral, Ley 100 de 1993, circunstancia ésta que EL EMPRESARIO podrá verificar en cualquier momento durante la vigencia del contrato.
- 25) Presentar a EL EMPRESARIO cada fin de mes un informe en el cual conste el cumplimiento de sus obligaciones de ley con respecto al personal a través del cual ejecuta el objeto del presente contrato, con los soportes del caso.
- 26) Cumplir con todas sus obligaciones fiscales, tributarias y legales que le correspondan en función de la actividad que desarrolla.
- 27) Hacer uso de las marcas de propiedad de EL EMPRESARIO de acuerdo con lo establecido en el presente contrato en la cláusula 11, y lo estipulado en la normatividad vigente.

- 28) Dar aviso a EL EMPRESARIO de cualquier acción, reclamación, demanda, pleito pendiente, embargo o persecución extrajudicial o por vía judicial, sobre los bienes que constituyen el establecimiento de comercio a través del cual ejerce su actividad EL AGENTE.
- 29) Constituir la garantía o garantías debidas y renovar las mismas en caso de vencimiento o cuando dichas garantías se desmejoren y, a juicio de EL EMPRESARIO, no sean suficientes para asegurar el pago de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato.
- 30) Transmitir a EL EMPRESARIO las sugerencias, quejas, reclamaciones recibidas por parte de LOS CLIENTES y en relación con LOS PRODUCTOS. Así mismo, deberá suministrar a LOS CLIENTES los datos o números de contacto al cual pueden dirigirse para presentar sus reclamaciones.

El incumplimiento de cualquiera de las obligaciones aquí contenidas dará derecho a EL EMPRESARIO a dar por terminado unilateralmente y con justa causa el presente contrato y sin que por ello se genere a favor de EL AGENTE algún tipo de indemnización a su favor, para lo cual bastará que EL EMPRESARIO envíe comunicación previa y por escrito a EL AGENTE con treinta (30) días de anticipación.

Parágrafo: EL EMPRESARIO podrá hacer auditorías al AGENTE para verificar que se esté dando cumplimiento a lo establecido en el presente contrato y también podrá a su arbitrio solicitar al AGENTE las pólizas de seguros que considere pertinentes.

10. SOFTWARE.- EL EMPRESARIO cuenta con el software _____ y permitirá el uso del mismo a EL AGENTE, sin que con ello se estén violando derechos de terceros.

A través del software, EL AGENTE podrá realizar la administración y operación de su actividad, por lo que, con excepción de la administración de clientes, productos y descuentos, todas las funcionalidades del software serán ejecutadas por aquel.

Parágrafo Primero.- La administración de clientes, productos y descuentos será realizada de acuerdo con el procedimiento definido por EL EMPRESARIO.

Parágrafo Segundo.- El uso del Software _____, por parte de _____ y los AGENTES, está autorizado por _____, quien cuenta con todas las licencias y permisos necesarios para comercializar el mismo, de

conformidad con lo contenido en el contrato de arrendamiento y asistencia técnica para _____ celebrado entre dicha compañía y _____.

11. LOS SIGNOS.- LAS PARTES dejan expresa constancia que todos LOS SIGNOS que se relacionan con la ejecución del presente contrato, no podrán ser modificados ni alterados, y sólo podrán ser utilizados para la ejecución del encargo de PROMOCIÓN y venta de LOS PRODUCTOS, y únicamente por el término de duración del presente Contrato, sin que por ello se entienda de manera alguna renuncia o transferencia de los derechos que tenga EL EMPRESARIO.

En virtud de lo anterior, EL AGENTE se obliga con respecto a LOS SIGNOS a:

1. No modificar, alterar, o variar en forma alguna, los colores, presentaciones y demás características de identificación de LOS PRODUCTOS y de LOS SIGNOS.
2. Informar a EL EMPRESARIO respecto a cualquier uso ilegal o no autorizado que efectúen terceras personas de LOS SIGNOS, cuando dicha situación llegue a su conocimiento.
3. Usar LOS SIGNOS, única y exclusivamente de acuerdo con las instrucciones impartidas en tal sentido por EL EMPRESARIO y dentro de los parámetros establecidos en este contrato y sus anexos. Bajo ninguna circunstancia podrá ir en contra del uso correcto de dichos signos distintivos, tomando en cuenta el prestigio, posicionamiento y notoriedad de LOS PRODUCTOS y LOS SIGNOS.
4. No registrar ni solicitar el registro de algún SIGNO que induzca a confusión al público.

Parágrafo: Para la ejecución del encargo objeto del presente contrato, EL EMPRESARIO autoriza expresamente a EL AGENTE para que haga uso de las marcas descritas en el Anexo 3.

12. EXCLUSIÓN LABORAL.- El AGENTE obra como comerciante independiente, con plena autonomía, medios y organización de su labor, razón por la cual conoce y acepta que el presente contrato es de naturaleza comercial y no da lugar a ninguna relación laboral entre EL EMPRESARIO y EL AGENTE, o cualquiera de sus trabajadores, asociados y/o contratistas que éste destine para la ejecución del objeto del presente contrato. Igualmente, EL AGENTE responderá ante EL EMPRESARIO y él reintegrará todos los gastos por cualquier reclamación laboral que presenten los empleados o colaboradores de EL AGENTE en la cual sea citado como solidariamente responsable EL EMPRESARIO. De esta manera, EL EMPRESARIO podrá descontar el valor de los perjuicios que sufre, de las sumas que adeude a EL AGENTE. Sin embargo, si lo adeudado por EL

EMPRESARIO, fuere inferior a dichos perjuicios o si estos sobreviven con posterioridad a la terminación del presente contrato, el saldo de ellos o el monto de los mismos, según fuere el caso, será exigido ejecutivamente por EL EMPRESARIO, con la sola afirmación que hiciere de la deuda, es decir, sin requerimiento judicial, al cual renuncia expresamente EL AGENTE en el presente contrato.

Parágrafo: Será requisito indispensable para el pago de la remuneración por la PROMOCIÓN y de la CESANTÍA COMERCIAL, que EL AGENTE cumpla en debida forma con sus obligaciones de ley con respecto al personal a través del cual ejecuta el objeto del presente contrato y así lo demuestre cada fin de mes a EL EMPRESARIO.

13. TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA.- Además de las causales establecidas en la ley para el contrato de mandato y para el contrato de agencia mercantil, este contrato de agencia terminará por el incumplimiento por parte de EL AGENTE de cualquiera de las obligaciones que le corresponden en virtud del presente contrato y además por cualquiera de los siguientes casos:

1. Por el acaecimiento de su término.
2. Cuando EL AGENTE incurra en incumplimiento de las obligaciones derivadas de este CONTRATO DE AGENCIA y establecidas en cualquiera de los numerales de este documento o sus anexos y en la ley comercial colombiana.
3. Cuando EL AGENTE no cancele dentro del plazo acordado cualquier obligación a su cargo.
4. Cuando EL AGENTE haga uso indebido de LOS PRODUCTOS, o de LOS SIGNOS y en general de los activos intangibles de propiedad de EL EMPRESARIO o de terceros vinculados con éste a LOS PRODUCTOS.
5. Cuando para el pago de alguna obligación a cargo de EL AGENTE, gire cheque o cualquier otro instrumento negociable que resulte impagado, por causa atribuible a EL AGENTE.
6. Cuando EL AGENTE no constituya la garantía o garantías debidas o no las renueve en caso de vencimiento o cuando dichas garantías se desmejoren y, a juicio de EL EMPRESARIO, no sean suficientes para asegurar el pago de las obligaciones contraídas en virtud del presente contrato.
7. Cuando se presente un deterioro manifiesto, a juicio de EL EMPRESARIO, de las condiciones financieras, jurídicas y comerciales de EL AGENTE, y que pongan o puedan poner en riesgo los intereses y derechos de EL EMPRESARIO.
8. Por el hecho de cualquier acción, reclamación, demanda, pleito pendiente, embargo o persecución extrajudicial o por vía judicial, sobre los bienes que

constituyen el establecimiento de comercio a través del cual ejerce su actividad EL AGENTE.

9. Cuando EL AGENTE incumpla con las condiciones de conservación, manejo, higiene, sanidad, ambientales y salubridad que requieren LOS PRODUCTOS y que garantizan protección al consumidor.
10. Cuando EL AGENTE incumpla con los presupuestos o metas de crecimiento señalados por EL EMPRESARIO.
11. Cuando en EL TERRITORIO se presente un decrecimiento o desmejora del mercado o cuando por seis (6) meses no presente mejoras o crecimientos.
12. Cuando el EMPRESARIO reciba al menos dos (2) quejas o reclamaciones de los clientes y que de acuerdo a su criterio pongan en riesgo o atenten contra la buena imagen del EMPRESARIO, de los SIGNOS, o de los PRODUCTOS vinculados al presente contrato.
13. Cuando EL AGENTE no cumpla con sus obligaciones de ley con respecto al personal a través del cual ejecuta el objeto del presente contrato.
14. Cuando EL AGENTE no cumpla con las indicaciones contenidas en los manuales que le haga entrega EL EMPRESARIO para el debido cumplimiento del presente contrato.

Parágrafo Primero.- Cualquiera de las disposiciones de este CONTRATO DE AGENCIA que por su naturaleza deba mantenerse aún después de su terminación, seguirá siendo vinculante hasta tanto sea cumplida y podrá ser exigida respecto de cualquiera de los sucesores o cesionarios de ambas Partes.

Parágrafo Segundo.- Cualquiera de LAS PARTES podrá dar por terminado el presente contrato de manera unilateral, en cualquier tiempo, mediante previo aviso por escrito enviado a la otra parte con tres (3) meses de anticipación a la fecha en que desea hacer efectiva la terminación, entendiéndose ésta como justa causa de terminación y sin que haya lugar a indemnización de perjuicios alguna por este concepto.

Parágrafo Tercero.- La terminación del contrato por vencimiento del término no dará derecho a indemnización alguna a favor de LAS PARTES.

14. INVALIDEZ O INEFICACIA PARCIAL.- Si cualquier parte, término o disposición de este CONTRATO DE AGENCIA es declarado ilegal, inválida, ineficaz, o en conflicto con cualquier ley aplicable, no se afectará la validez y eficacia del resto de sus disposiciones. En dicho caso, LAS PARTES se comprometen a hacer un esfuerzo de buena fe, para formular una disposición legal, válida y efectiva que reemplace la disposición ilegal, inválida o ineficaz y que, en la medida de lo posible, logre la intención y objetivos queridos en ésta.

15. CESIÓN Y SUB – CONTRATACIÓN.- LAS PARTES acuerdan que EL AGENTE no podrá ceder o subcontratar las obligaciones y derechos establecidos

en este contrato de agencia, sin la autorización previa y expresa de EL EMPRESARIO.

16. PRELACIÓN DE DOCUMENTOS Y RÉGIMEN PARA SU MODIFICACIÓN.-

Hacen parte integral del presente contrato de agencia, y LAS PARTES declaran conocerlos y aceptarlos, los Anexos 1, 2, 3, 4, 5 y 6. En caso de presentarse contradicciones entre los anteriores documentos, LAS PARTES acuerdan que se tendrá en cuenta la siguiente prelación: (i) El CONTRATO DE AGENCIA; (ii) Los Anexos 4, 5 y 6; (iii) El Anexo 3; y, (iv) los Anexos 1 y 2.

Igualmente y teniendo en cuenta la naturaleza de cada uno de dichos anexos, LAS PARTES acuerdan el siguiente régimen para su modificación:

Los Anexos 1 y 2, podrán ser modificados por cada una de LAS PARTES, debiendo informar sobre su modificación a la otra, remitiendo el respectivo documento que compruebe la modificación.

El AGENTE acepta expresamente que los Anexos 3 y 6, podrán ser modificados unilateral y directamente por EL EMPRESARIO y que dichas modificaciones no son relevantes para su actividad objeto de este CONTRATO DE AGENCIA.

El Anexo 5 sólo podrá ser modificado a través de acuerdo escrito previo, suscrito por LAS PARTES.

En relación con el Anexo 4, se aplicará la siguiente regulación:

(i) EL AGENTE acepta expresamente que EL EMPRESARIO podrá modificar unilateralmente la identificación de LOS PRODUCTOS y por consiguiente, podrá incluir nuevos y sacar del mercado aquellos que libremente determine.

(ii) EL AGENTE, igualmente, acepta expresamente que EL EMPRESARIO podrá modificar unilateralmente en cualquier momento los precios de LOS PRODUCTOS, disminuyéndolos o aumentándolos.

(iii) Al suscribir el presente documento, EL AGENTE le otorga a EL EMPRESARIO la prerrogativa de modificar unilateralmente y en cualquier momento, los porcentajes de descuento a pie de factura por la compra de LOS PRODUCTOS, siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones:

- EL EMPRESARIO podrá modificar unilateralmente cada vez que así lo estime conveniente, los porcentajes de descuento a pie de factura sobre LOS PRODUCTOS a ser reconocidos a EL AGENTE, de conformidad con las pautas establecidas en este CONTRATO DE AGENCIA; y,
- Durante la vigencia del contrato, es decir, desde el ____ de ____ de ____ hasta el ____ de ____ de ____, las modificaciones en los porcentajes de descuentos no podrán implicar una reducción de los mismos, en más del ____%.
- Los descuentos reconocidos a pie de factura modificados, aplicarán a partir de los treinta (30) días calendario a la fecha de su notificación por parte de EL EMPRESARIO.

Únicamente las modificaciones que no cumplan con las anteriores condiciones, deberán ser acordadas previamente por LAS PARTES.

17. LEY APLICABLE: Las partes acuerdan que el presente contrato de agencia se regirá por las leyes de la República de Colombia.

18. LIMITACIONES DEL AGENTE: Además de las limitaciones establecidas en las demás cláusulas del presente documento, EL AGENTE tendrá las siguientes limitaciones:

1. EL AGENTE sólo está autorizado para realizar actividades de PROMOCIÓN y venta de LOS PRODUCTOS. Para desarrollar las actividades de venta de LOS PRODUCTOS, EL AGENTE deberá previamente adquirir los mismos a título de compraventa a EL EMPRESARIO.
2. EL AGENTE no podrá modificar u oponerse a las modificaciones que haga EL EMPRESARIO con respecto al valor de la remuneración y a la forma de pago establecida por este.
3. EL AGENTE no podrá desarrollar su actividad con otros recursos económicos a los propios y deberá asumir el riesgo de su operación.
4. EL AGENTE deberá acatar las instrucciones de EL EMPRESARIO con respecto a la forma en que debe hacerse la PROMOCION de LOS PRODUCTOS, sin que por ello se entienda que existe subordinación alguna.
5. EL AGENTE deberá abstenerse de PROMOVER Y vender LOS PRODUCTOS de EL EMPRESARIO por fuera del TERRITORIO.

6. EL AGENTE deberá guardar absoluta confidencialidad en relación con toda la información de EL EMPRESARIO que llegue a su conocimiento de cualquier forma durante la vigencia de este contrato de agencia incluyendo, entre otros aspectos, los términos de este documento y sus anexos, información de ventas, procedimientos de operación, información de negocios y contenido de las bases de datos de CLIENTES. Esta obligación sobrevivirá a la terminación del contrato de agencia por cualquier causa.
7. EL AGENTE no podrá retener o dar un uso distinto a los descuentos que EL EMPRESARIO destine para los CLIENTES.
8. EL AGENTE no podrá darle mal manejo a los productos de EL EMPRESARIO y deberá seguir las directrices que correspondan a este asunto plasmadas en el Anexo 6.
9. EL AGENTE deberá abstenerse de promover o explotar en EL TERRITORIO, o en el mismo ramo LOS PRODUCTOS de otros empresarios competidores, o de emplear la información que sea de su conocimiento en razón de este contrato, en beneficio propio o de terceros y en perjuicio de EL EMPRESARIO.
10. EL AGENTE deberá guardar estricta confidencialidad conforme a lo establecido en la cláusula 9 numeral 16.
11. EL AGENTE no tendrá la calidad de representante de EL EMPRESARIO, por lo tanto, no estará facultado para celebrar contratos con terceros, ni obligar o comprometer a EL EMPRESARIO frente a terceros, salvo que se le otorgue poder especial por parte del representante legal del EMPRESARIO.
12. EL AGENTE no podrá utilizar los signos de EL EMPRESARIO sobrepasando los límites establecidos en la cláusula 11.
13. EL AGENTE sólo podrá adquirir los productos objeto del presente contrato mediante compra realizada al EMPRESARIO según las condiciones pactadas en el presente contrato.
14. EL AGENTE sólo podrá utilizar el software _____ para los asuntos que tengan que ver con el presente contrato y según las condiciones pactadas en la cláusula 10.
15. EL AGENTE no podrá ceder o subcontratar las obligaciones y derechos establecidos en el presente contrato de agencia sin la autorización previa y expresa de EL EMPRESARIO.

19. NOTIFICACIONES.- Todas las notificaciones, comunicaciones, peticiones y reclamos requeridos en virtud del presente Contrato, deben ser hechas por escrito y entregadas personalmente o por correo certificado dirigido a:

EL AGENTE**Atención:****Dirección:****Teléfono:****Ciudad:****Email:****EL EMPRESARIO****Atención:****Dirección:****Teléfono:****Ciudad:****Email:**

Las direcciones para notificaciones establecidos para este contrato, pueden ser cambiados mediante notificación escrita presentada a la otra Parte con por lo menos quince (15) días de anticipación a que la nueva dirección quede vigente. Cualquier notificación enviada de acuerdo con las estipulaciones de esta cláusula se considerará realizada al ser recibida, recibo que podrá acreditar con la simple constancia de recibo emitida por el receptor.

20. LISTA DE ANEXOS.- Los siguientes Anexos hacen parte integrante de este contrato:

Anexo 1: Certificado de existencia y representación legal de EL EMPRESARIO, expedido por la cámara de comercio de _____.

Anexo 2: Certificado de Matrícula Mercantil de EL AGENTE, expedido por la Cámara de Comercio de _____.

Anexo 3: Descripción e identificación de LOS SIGNOS.

Anexo 4: Identificación de: (i) LOS PRODUCTOS; (ii) LOS PRECIOS DE LOS PRODUCTOS; y, (iii) El descuento a favor de EL AGENTE.

Anexo 5: Determinación del TERRITORIO.

Anexo 6: Manual de Manejo de LOS PRODUCTOS.

21. INTEGRALIDAD.-El presente contrato con todos sus anexos constituirá un único y total acuerdo entre LAS PARTES sobre las materias reguladas. En consecuencia, deja sin efecto cualquier acuerdo anterior entre LAS PARTES, verbal o escrito, sobre los mismos asuntos. Cualquier modificación a los términos aquí expuestos requerirá de un documento suscrito por los representantes legales de ambas PARTES.

Para constancia se firma por ambas partes en dos ejemplares del mismo tenor y valor, el día _____ del mes de _____ de _____.

EL AGENTE

EL EMPRESARIO

5. RECOMENDACIONES A LAS COMPAÑÍAS COLOMBIANAS PARA EVITAR QUE SE CONFIGURE LA AGENCIA COMERCIAL

Encontramos en la diversidad de contratos de intermediación comercial, entre los que se encuentran: el simple mandato, el corretaje, la comisión, la concesión, la distribución, el suministro, entre otros, que los intermediarios comerciales hacen gala de su habilidad persuasiva e interpretativa, para calificarse a sí mismos como agentes comerciales, cuando en un principio no habían sido contratados en esa calidad. Este ingenio se debe a la existencia de la cesantía mercantil, por lo tanto, las compañías colombianas deben tener cuidado con sus comercializadores, distribuidores o como sea que los denominen, para que no se configure la agencia comercial. Por lo tanto, exponemos algunos puntos para tener en cuenta:

- No imponerle horarios, métodos, modos y maneras en que debe desarrollar el encargo el comercializador.
- No se puede dar instrucciones de ningún tipo, porque si son comercializadores que compran para revender al adquirir la propiedad de las mercancías, asumen los riesgos físicos que sobre ellas recaigan, y los riesgos patrimoniales como la fluctuación de precios. Lo esencial de la agencia no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste.
- Que el comercializador no realice campañas publicitarias y/o de demostración, que no sea él, el que tenga que cumplir con las garantías de calidad de los productos, en general, que no realice gestiones que en principio son del empresario y/o fabricante.
- Que no acuda el comercializador a medios publicitarios o de cualquier otra índole para impulsar ventas.
- Que el agente siempre realice la mencionada promoción o explotación de productos para sí mismo y en su interés mercantil.
- Que si se presenta impulso del producto el comercializador no sea remunerado por ese servicio, que sea una decisión unilateral del comercializador iniciar ese impulso, es decir, hoy la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Civil tiene claro que si no se presenta una remuneración adicional por la promoción o explotación de productos, es decir, si aparte del descuento que se le da al comprador por la compra de

productos al por mayor, no hay una remuneración adicional, no podemos hablar de agencia comercial. (*Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 14 de diciembre de 2005; exp No. 11001-3103-023-1997-24529-01*).

- Los logos y/o marcas de del empresario no deben estar en sus facturas o uniformes.
- El empresario no debe tener empleados en las instalaciones del comercializador o distribuidor.
- La relación con el comercializador sólo debe basarse en compraventa de productos, en ningún caso debe conquistar, ampliar, reconquistar o mantener beneficios del empresario a una determinada clientela.
- No exclusividad del territorio, pactar expresamente que el comercializador o comprador mayorista no va a ser exclusivo.
- No estabilidad, es decir, que el contrato tenga una duración determinada.
- El comercializador o comprador mayorista, es totalmente autónomo, no tiene que mantener informado a ningún empleado del empresario.
- El negocio de compra para la reventa termina en el momento en que el comercializador cancela sus facturas, que por la interpretación de las sentencias más reciente de la Corte Suprema de Justicia, deberá ser cancelada inmediatamente contra entrega de los productos.

6. CONCLUSIONES

- El elemento esencial del contrato de agencia comercial es la promoción por parte del agente del negocio del agenciado, lo que supone una actividad dirigida a la conquista de mercados y de la potencial clientela, que debe luego ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada –a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso. De allí la importancia que tienen en este tipo de negocios jurídicos las cláusulas que establecen un plazo de duración, pues ellas, amén de blindar el vínculo contractual frente a terminaciones intempestivas, le otorgan estabilidad a la relación, no sólo en beneficio del agente, sino también del agenciado.
- Es necesario que en la agencia comercial concurren todos los elementos explicados anteriormente, lo dice la Corte en sentencia del 4 de abril de 2008, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda: *“Los requisitos mencionados para la configuración del indicado acuerdo de voluntades son concurrentes, esto es, deben aparecer todos para que puede predicarse válidamente su configuración, ya que la falta de uno de o varios de ellos implica necesaria y fatalmente que tal convención no existe o que degenera en otro acuerdo de naturaleza diferente”*.
- Es concluyente la Corte en toda su jurisprudencia al expresar que el agente tiene la obligación de actuar por cuenta del empresario en forma permanente e independiente, en las actividades de adelantar por iniciativa propia. Lo expresa la Corte en la sentencia # 040 de 28 de febrero de 2005 con ponencia del magistrado Doctor Carlos Ignacio Jaramillo *“no se acreditó que la sociedad actora realizara la mencionada promoción para o por cuenta de la citada empresa, sino para sí misma y en su interés mercantil, el pronunciamiento cuestionado, en lo que a este punto hace relación, resiste incólume el combate contra él enfilado”*
- Siendo ya aceptada por la doctrina una forma de distribución atípica como lo es la compra para la reventa, podremos llegar a tener jurisprudencia y doctrina como en Argentina donde aceptan la existencia de un contrato atípico de distribución⁷⁷.

⁷⁷ Para más información ver: Marzorati, Osvaldo J. “Sistemas de Distribución Comercial”. Astrea, Buenos Aires. 1992.

- En conclusión para que pueda predicarse la agencia comercial o que ésta está concurriendo con otro tipo de contrato debe darse: *“los esfuerzos para acreditar la marca, línea de productos o servicios, la extensión, importancia y volumen de los negocios desarrollados”* (Sentencia del 2 de julio de 2010, M.P. WILLIAM NAMÉN VARGAS).
- En la sentencia mencionada en el punto anterior la Corte expresa que para que no se dé la exclusividad en la Agencia Comercial, ésta debe pactarse expresamente: *“el artículo 1318 citado, la sola existencia del contrato de agencia implica por presunción legal un pacto de exclusividad a favor del agente, cuya supresión por excepción debe constar en el acuerdo, y si no está, rige en toda su extensión, haciendo ilícita la utilización de varios agentes en una misma zona y respecto de las mismas actividades o productos, presunción iuris tantum, susceptible de desvirtuar probando el convenio contrario”*.
- Es importante resaltar que la Corte en la sentencia del 4 de abril de 2008, M.P. Ruth Marina Díaz Rueda expresa: *“la simple compra de productos del empresario para revenderlos no es incompatible con la invocada figura mercantil”*. Hay que analizar si se dan los elementos de la misma.

BIBLIOGRAFÍA

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. Contratos Mercantiles Tomo I. Novena Edición, Biblioteca Jurídica DIKE, 2002.

ARRUBLA PAUCAR, Jaime Alberto. El Contrato de Distribución. En: Revista de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia Foro del Jurista, volumen 26, octubre de 2005.

BARRIENTOS RESTREPO, Ana Lucía y URIBE POSADA, Camilo. El Contrato de agencia mercantil. En: Revista de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia Foro del Jurista, volumen 26, octubre de 2005, Medellín.

BONIVENTO JIMÉNEZ, José Armando. Contratos Mercantiles de Intermediación. Bogotá: Librería del Profesional, 1996.

CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. El contrato de Agencia Comercial. Análisis dentro del contexto del sistema jurídico romano-germánico, en vista de una posible modificación de su regulación en Colombia. En: Revista del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia *E-mercatoria*, volumen 7, número 2, 2008, Bogotá.

CAMACHO LÓPEZ, María Elisa. El contrato de Agencia Comercial. Análisis dentro del contexto del derecho romano. En: Revista de derecho privado de la Universidad Externado de Colombia, volumen 16, 2009, Bogotá.

CUBEROS DE LAS CASAS, Felipe. Agencia Comercial: entre la comparación y la exégesis. En: Revista de Derecho Privado de la Universidad de los Andes, volumen XVII, diciembre de 2005, Bogotá.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.

ESCOBAR SANÍN, Gabriel. Negocios civiles y comerciales. I. Negocios de sustitución. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1958.

GARRIGUES, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. Editorial Porrúa S.A., 1997.

MENDIETA PINEDA, Jaime Alberto. Distribución del riesgo en el contrato de Agencia Comercial. En: Revista del Departamento de Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia *E-mercatoria*, volumen 5, número 1, 2006.

MOXICA ROMÁN, José. La ley del Contrato de Agencia. Análisis de Doctrina y Jurisprudencia. Navarra: Editorial Arazandi, 1998.

PEÑA NOSSA, Lisandro. De los contratos mercantiles Nacionales e Internacionales. Segunda Edición. Universidad Católica de Colombia, 2006.

SIERRALTA RÍOS, Aníbal y OLAVO BAPTISTA, Luis. Aspectos Jurídicos del Comercio Internacional. Tercera edición. Santa Fe de Bogotá: Editorial Temis S.A., 1998.

SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Tomo II. Segunda Edición. Editorial LEGIS, 2006.

VALLEJO GARCÍA, Felipe. El contrato de Agencia Comercial. Primera Edición. Bogotá: Legis Editores S.A., 1999

VELÁSQUEZ RESTREPO, Carlos Alberto. Agencia Comercial. Panorama actual y perspectivas. En: Revista de la Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia Foro del Jurista, volumen 26, octubre de 2005, Medellín.

SENTENCIAS Y LAUDOS

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre 2 de 1980. M.P: Germán Giraldo Zuluaga.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de diciembre 14 de 1992. Magistrado Ponente: Héctor Marín Naranjo.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia de casación de octubre 31 de 1995, expediente 4701. Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 4 de abril de 2008, Proceso: 0800131030061998-00171-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de marzo de 2006. M.P. Carlos Esteban Jaramillo

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia N° 040 de 28 de febrero de 2005, expediente 7504. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.

Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 2 de julio de 2010, M.P. William Namén Vargas

Laudo Arbitral de 1 de Julio de 1992. Partes: Roberto Cavalier & Cía LTDA; VS Flota Mercante Grancolombiana. Árbitros: José Enrique Arboleda V., Fernando Hinestrosa, Jorge Suescún Melo y María Cristina Morales de Barrios.

Laudo arbitral de 23 de mayo de 1997, proferido por el Tribunal de Arbitramento integrado por los árbitros: Hernando Tapias Rocha, William Salazar Luján y Francisco Zuleta Holguín, que dirimió el proceso instaurado por Preparaciones de Belleza S.A. Prebel contra L Oreal de París.

Laudo Arbitral del 31 de agosto de 2000 entre Compañía Central de Seguros S.A. y Compañía Central de Seguros de Vida S.A. vs. Maalula Ltda. Árbitros: Jorge Suescún Melo, Juan Pablo Cárdenas y Antonio José de Irisarri Restrepo.